

LAUDO ARBITRAL DE DERECHO

000 SEP 2 PM 4 56

Demandante:

COSAPI S.A. INGENIERIA Y CONSTRUCCIÓN

En adelante El Contratista, Cosapi o El Demandante

Demandados:

- EMPRESA DE MERCADOS MAYORISTAS S.A. - EMMSA
En adelante La Entidad, EMMSA o El Demandado.
- MUNICIPALIDAD METROPOLITANA DE LIMA
En adelante La Municipalidad

Tribunal Arbitral:

Ricardo Rodríguez Ardiles- Presidente del Tribunal Arbitral Daniel Linares
Prado- Árbitro Patrick Hurtado Tueros - Árbitro

Secretario Arbitral:

Marco Gálvez

RESOLUCIÓN N° 63

Lima, 2 de setiembre del dos mil catorce

VISTOS:

I. ANTECEDENTES

1. EXISTENCIA DE UN CONVENIO ARBITRAL.

Con fecha 25 de mayo de 2009, EMMSA y Cosapi suscribieron la Adenda Nº 2 al Contrato de Obra – L.P. Nº 003-88-EMMSA (En adelante "El Contrato").

En la cláusula 12.4 de la mencionada adenda, se estipuló expresamente que:

"En caso de no encontrarse una solución luego de producidas las negociaciones detalladas, se someterá la controversia a arbitraje de derecho, dentro de un plazo de quince días hábiles de concluidas las negociaciones, resolviéndose mediante fallo definitivo e inapelable, de conformidad con los reglamentos de conciliación y arbitraje del Centro de Arbitraje Nacional e Internacional de la Cámara de Comercio de Lima, a cuyas normas las partes se someten de forma incuestionable. El arbitraje será llevado por un tribunal conformado por tres árbitros".

2. INSTALACIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL.

Con fecha 5 de mayo de 2011, se realizó la Instalación del Tribunal Arbitral, siendo que en dicha oportunidad, el Tribunal Arbitral se ratificó en señalar que no tiene ningún tipo de incompatibilidad con las partes y que se desenvolvería con imparcialidad, independencia y probidad en el procedimiento arbitral.

3. NORMATIVIDAD APLICABLE AL ARBITRAJE.

Se estableció que el presente arbitraje se regirá de acuerdo a los acuerdos previstos por las partes en el respectivo convenio arbitral, a las reglas establecidas en el Acta de Instalación, el Reglamento de Arbitraje del Centro Y, en su defecto, de acuerdo a lo dispuesto por el Decreto Legislativo N° 1071.

Sin perjuicio de ello, el Tribunal Arbitral queda facultado para resolver a su entera discreción, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 34º del Decreto Legislativo N° 1071 y por el artículo 36º del Reglamento.

II. EL PROCESO ARBITRAL:

III.1 LA DEMANDA

Con fecha 26 de mayo de 2011, COSAPI presentó su escrita de demanda, siendo ésta planteada en los siguientes términos:

PETITORIO

COSAPI formuló las siguientes pretensiones:

Primera Pretensión Principal

1. Que se declare que el Contratista ha cumplido con el plazo de ejecución contractual y que la fecha de conclusión de la obra "Proyecto Gran Mercado Mayorista de Lima – Primera Etapa" es el 15 noviembre de 2010.

Primera Pretensión accesoria

- a. Que se declare que no corresponde aplicar ninguna multa a cargo del Contratista al haberse culminado la ejecución de la Obra dentro del plazo contractual.

Segunda Pretensión Principal

2. Que se reconozca y pague a favor del Contratista la suma de S/. 299,339.94 (Doscientos noventa y nueve mil trescientos treinta y nueve y 94/100 Nuevos Soles), más IGV, los reajustes correspondientes y los intereses que se devenguen hasta la fecha efectiva de pago, por concepto de los mayores costos, gastos, daños y otros incurridos por ésta como consecuencia de la demora en la recepción de la citada obra por causas que le son ajena.

Tercera Pretensión Principal

3. Que se condene a EMMSA al pago de los costos y costes que el presente arbitraje irrogue.

FUNDAMENTOS DE HECHO GENERALES Y COMUNES A TODAS LAS PRETENSIONES

Sobre el Contrato y las paralizaciones de las que fue objeto la Obra

1. COSAPI señala en su demanda que en el año 1988, la Empresa de Mercados Mayoristas S.A. – EMMSA (hoy, Empresa Municipal de Mercados S.A.) convocó a la Licitación Pública N° 003-88-EMMSA con el objeto de seleccionar a una firma contratista que se encargase de la ejecución de la obra "Proyecto Gran Mercado Mayorista de Lima – Primera Etapa".

2. Así, luego del proceso de selección, con fecha 17 de noviembre de 1989, EMMSA y el Contratista suscribieron el Contrato de Obra N° 003-88-EMMSA (en adelante, el Contrato), cuyo objeto consistió en la ejecución de la Obra de conformidad a la documentación del Expediente Técnico y bajo el sistema de suma alzada. No obstante, por causas ajenas a las partes en abril de 1990 dichos trabajos se paralizaron.

3. Luego de este periodo, con fecha 05 de diciembre de 1991, las Partes suscribieron la Adenda N° 01 al Contrato, con el fin de adecuarlo a las nuevas condiciones requeridas por EMMSA referentes a la definición y alcances de la Obra, así como al mercadeo y la comercialización de los puestos y locales comerciales, las cuales a su vez generaban nuevas condiciones que afectaban al monto, al financiamiento y al pago del Contrato. Por ello, se fijó como monto del Contrato la suma de S/. 25,767,43 (Veinticinco mil setecientos sesenta y siete y 43/100 Nuevos Soles) con precios a enero de 1989.
4. En diciembre de 1991 se reinició la obra; sin embargo, a partir del 01 de diciembre de 1992, nuevamente ésta se paralizó, con un avance físico de aproximadamente quince por ciento (15%), el cual fuera cancelado posteriormente.
5. Este segundo periodo de paralización por causas ajenas al Contratista se agravó cuando en noviembre de 2002, el terreno es invadido ilegalmente por cientos de terceras personas. En mayo de 2007, EMMSA y la Municipalidad Metropolitana de Lima reasumieron la posesión del

terreno de la obra por mandato del Juez del 31º Juzgado en lo Penal de Lima.

6. En ese contexto, con fecha 25 de mayo de 2009, las Partes suscribieron la Adenda N° 02 al Contrato, con la finalidad de reiniciar la ejecución de la Obra, de acuerdo a los alcances del Expediente Técnico Actualizado, el mismo que fue suscrito por las partes integrantes del Contrato. Dicho documento, estableció que la ejecución de la Obra se realizaría en dos etapas:
 - a. Primera Etapa 1A: Referida a la Construcción de cuatro (4) pabellones para el comercio mayorista de insumos y la habilitación urbana. Asimismo, comprende la ejecución de la demolición de construcciones ilegales y otras construidas, así como la eliminación de desmonte existente en el terreno del Proyecto.
 - b. Primera Etapa 1B: Considera la remodelación de seis (6) pabellones y la Construcción de dos (2) pabellones para el comercio de frutas, y construcción de tres (3) pabellones para el comercio de hojas, y edificaciones para servicios complementarios para la Primera Etapa 1A y 1B.
7. COSAPI precisó que los trabajos correspondientes a la Primera Etapa 1B serían materia de otra adenda, luego que se realice el expediente técnico respectivo que definirá las edificaciones correspondientes y se obtenga la aprobación del Consejo Metropolitano de Lima para su ejecución, por lo que a la fecha, la obra que es objeto el presente arbitraje se refiere a la Primera Etapa 1A.

8. En dicha Adenda N° 02 se fijó como monto contractual de la Obra la suma de S/. 83'461,632.99 (Ochenta y tres millones cuatrocientos, desagregada en:

- a. S/ 7'342,239.95 (Siete millones trescientos cuarenta y dos mil doscientos treinta y nueve con 95/100 Nuevos Soles) para los trabajos de demolición, con precios vigentes al 15 de agosto de 2008; y
 - b. S/. 76'119,393.04 (Sesenta y seis millones ciento diecinueve mil trescientos noventa y tres con 04/100 Nuevos Soles) para la ejecución de las obras conforme al expediente técnico actualizado, con precios vigentes al 31 de enero de 2009.
9. La modalidad contractual se mantuvo a suma alzada y el plazo de ejecución de la Obra se pactó en noventa (90) días calendario para trabajos de demolición y en doscientos cuarenta (240) días calendario para la ejecución de las obras conforme al expediente técnico actualizado. A ello habría que agregarle el plazo correspondiente para el desarrollo del procedimiento de recepción de obra según la normativa aplicable.
10. Posteriormente, con fecha 01 de junio de 2009, las partes suscribieron la Adenda N° 03 al Contrato, mediante la cual se precisó lo establecido en la Clausula Tercera de la Adenda N° 02, referida a los montos de contratación. Con ello, se determinó que el monto de la obra ascendería a S/. 83'727,974.36 (Ochenta y tres millones setecientos veintisiete mil novecientos setenta y cuatro y 36/100 Nuevos Soles).

Sobre las ampliaciones de plazo derivadas de la Obra:

1. Señala COSAPI que conforme a lo establecido en el numeral 4.2 de la Clausula Cuarta de la Adenda N° 02, el plazo contractual total para la ejecución de la Obra sería de doscientos ochenta y cinco (285) días naturales, contados a partir del día siguiente de la entrega del terreno al Contratista, siempre que haya recibido el adelanto directo en efectivo, de conformidad con lo establecido en el RULCOP. Es así que, en la medida que el 08 de junio de 2009 se cumplió con las condiciones señaladas, a partir del 09 de junio de 2009 se empezó a computar el plazo de 285 días naturales que el Contratista tenía para ejecutar la Obra, plazo que debía finalizar el 20 de marzo de 2010.
2. Sin embargo, señala COSAPI, el plazo contractual para la ejecución de la Obra ha sido objeto de cuatro (4) ampliaciones de plazo:
 - a. Ampliación N° 01, aprobada por la Resolución de Gerencia General N° 018-2009-GG-EMMSA por la cantidad de catorce (14) días naturales.
 - b. Ampliación N° 02, aprobada por la Resolución de Gerencia General N° 005-2010-GG-EMMSA por la cantidad de ciento ochenta (180) días naturales.
 - c. Ampliación N° 03, aprobada por la Resolución de Gerencia General N° 028-2010-GG-EMMSA por la cantidad de veinte (20) días naturales.

d. Ampliación Nº 04, aprobada por la Resolución de Gerencia General Nº 039-2010-GG-EMMSA por la cantidad de veinte seis (26) días naturales.

3. Como resultado de dichas ampliaciones de plazo concedidas al Contratista, el plazo contractual total para la ejecución de la Obra culminó el 15 de noviembre de 2010, siendo la fecha en que el Contratista solicita la recepción de la Obra.

Sobre la culminación de la Obra y consecuentemente inicio del procedimiento de recepción con la participación de las Partes

1. Mediante la Carta Nº 544-2010-GG-EMMSA, de fecha 12 de octubre de 2010, EMMSA le comunica al Contratista acerca de la designación de la Comisión de Recepción de Obra (en adelante, la Comisión), de conformidad con lo establecido en el artículo 5.10.1 del Reglamento Único de Licitaciones y Contratos de Obras Públicas – RULCOP. Dicha Comisión de Recepción de Obra se encontraba constituida por las siguientes personas:

- a.** Ing. María Isabel Marcelo Morales.
- b.** Sr. Juan Carlos Luque Silva
- c.** Ing. Carlos José Zuloaga Espinoza.

2. En este contexto, mediante Asiento Nº 1103, de fecha 15 de noviembre de 2010, el Contratista comunica la culminación de los trabajos contractuales y adicionales correspondientes a la Obra, por lo que procede a solicitar su recepción, de conformidad con lo establecido en el

numeral 9.1 de la Cláusula Novena de la Adenda Nro 02 y en el primer párrafo del artículo 5.10.2 del RULCOP. En ese sentido, señala:

"Mediante el presente asiento, comunicamos que con fecha 15 de noviembre, hemos cumplido con finalizar la ejecución de los trabajos contractuales y adicionales aprobados por la Entidad de la Obra: Primera Etapa – Fase 1-A del Proyecto Gran Mercado Mayorista de Lima.

En ese sentido y al amparo de la cláusula 9 de la Adenda Nro. 2 del Contrato y del artículo 5.10.2 del RULCOP, solicitamos la recepción de la Obra".

3. Indica COSAPI en su demanda que cumplió con finalizar los trabajos contractuales y adicionales de la Obra dentro del plazo contractual, considerando las cuatro (4) ampliaciones otorgadas al Contratista por EMMSA, razón por la cual inicia el procedimiento de recepción de obra establecido en el RULCOP.
4. Así, mediante Carta N° 447-2010/CACC, de fecha 16 noviembre de 2010, la Supervisión le comunica a EMMSA acerca de la solicitud de recepción de obra formulada por el Contratista y procede a informar sobre las observaciones detectadas en la Obra, de conformidad con lo establecido en el primer párrafo del artículo 5.10.2 del RULCOP, prosiguiendo de esta manera con el procedimiento de recepción de obra establecido en la normativa aplicable. En ningún momento durante la emisión de las observaciones, el Supervisor señaló que la Obra no se encontraba terminada o que faltaban algunos trabajos, siendo que, por

el contrario, siguió con el procedimiento de recepción, reconociendo con su propio acto la terminación de la Obra.

5. COSAPI indica que se había iniciado el proceso de recepción, no solo por la existencia de la Comisión, sino que la propia Supervisión dio a conocer sus observaciones mediante Asiento Nº 1107, anotado con fecha 17 de noviembre de 2010:

"En cumplimiento al Art. 5.10.2 del RULCOP y a la solicitud de Recepción anotada mediante Asiento Nº 1103 del Contratista, ponemos en su conocimiento que con Carta Nº 447-2010/CAC, hemos remitido a la Entidad, nuestras observaciones sobre la ejecución de las obras contratadas y adicionales aprobados por las modificaciones de proyecto, las cuales les estamos entregando una copia mediante el presente asiento".

6. Asimismo, mediante Carta Nº 622-201-GG-EMMSA, de fecha 18 de noviembre de 2010, EMMSA le comunica al Contratista que la Comisión se constituirá en la Obra el día 19 de noviembre de 2010 a partir de las 09:00 horas de la mañana. Ello fue ratificado por la Supervisión mediante Asiento Nº 1115, de fecha 19 de noviembre de 2010.

7. De esta manera, señala COSAPI, puede constarse que tanto EMMSA como la Supervisión, confirmaron el inicio del procedimiento de recepción de obra establecido en el RULCOP, al nombrar la Comisión, informar acerca de la asistencia de la Comisión a las Instalaciones de la Obra para la verificación correspondiente de los trabajos y al haberse

presentado por la Supervisión las respectivas observaciones de acuerdo a lo establecido por el RULCOP.

8. En consecuencia de ello, la Comisión fue a las instalaciones de la obra con fecha 19 de noviembre de 2010, siendo que mediante Asiento N° 1116, de fecha 23 de noviembre de 2010, el Contratista dejó constancia de que la Comisión cumplió con iniciar el procedimiento de recepción de obra establecido en el RULCOP con fecha 19 de noviembre de 2010. Dicho asiento señala lo siguiente:

"Habiendo cumplido la Entidad con lo establecido en el artículo 5.10.3 del RULCOP, según consta en el asiento Nro. 1115, dejamos constancia que el 19-11-10, la comisión de recepción inicio el proceso establecido en el capítulo 5.10 del RULCOP"

9. En este contexto y en pleno proceso de recepción de la Obra, mediante Asiento N° 1120, de fecha 23 de noviembre de 2010, el Contratista adjuntó el panel fotográfico correspondiente, a través del cual podría constatarse el levantamiento de las observaciones formuladas por la Supervisión en su Carta N° 447-2010/CACC.
10. Ante ello, la Supervisión señaló mediante Asiento N° 1124, de fecha 24 de noviembre de 2010, que el Contratista se atenga a lo señalado en su propio Asiento N° 1116, en el cuál se indicó que "la Comisión de Recepción inició el proceso establecido por el RULCOP Cap. 5.10. Este último artículo señalado por la Supervisión no es otro que el establecido para la recepción de la Obra.

11. En medio de este procedimiento, mediante Carta N° 1058.2876.09/MRP, de fecha 25 de noviembre de 2010, a seis (6) días de la visita de la Comisión, el Contratista le requiere a la Supervisión le solicite a la Comisión la remisión de las observaciones generadas durante el recorrido efectuado en la obra, en vista de que el procedimiento de recepción se inició con fecha 19 de noviembre de 2010 y ya habían transcurrido varios días siendo que se encontraba corriendo el plazo para subsanar dichas observaciones. Así, en dicha carta se señala que:

"(...)la Comisión de Recepción inició el proceso de verificación desde el 19.11.10, por lo que solicitamos transmitir a la Comisión de Recepción, nos remita las observaciones generadas durante el recorrido efectuado a las obras ejecutadas.

Así mismo manifestamos como es de su conocimiento, que existe un plazo para levantar las observaciones generadas por la comisión, y sin perjuicio de ello, COSAPI viene efectuando dicho levantamiento de aquellas que fueron registradas a la fecha".

12. Menciona COSAPI que a pesar de su buena fe y de que ya habían transcurrido varios días de la solicitud presentada por dicha parte, recién mediante Carta N° 644-2010-GG-EMMSA, de fecha 02 de diciembre de 2010; es decir, doce (12) días después de que la Comisión se haya apersonado a las instalaciones de la Obra, EMMSA pone en conocimiento del Contratista del Informe N° 001-2010/MCROGML a través del cual la Comisión lista una serie de observaciones verificadas durante el

recorrido en las instalaciones de la Obra (y no comunicadas al Contratista en el mismo acto de la recepción), y concluye de forma errónea y contradictoria con todos sus actos anteriores que existen partidas pendientes de ejecución y que, por lo tanto, la obra no estaría terminada.

13. Cabe precisar, indica la parte demandante, que el hecho de haberse iniciado el procedimiento de recepción de obra con la participación de la totalidad de las Partes, implica que todas aquellas coincidían en que la Obra se encontraba debidamente concluida, por lo que mal hace la Comisión en determinar lo contrario cuando ello no forma parte de sus funciones, debiendo ceñirse únicamente a señalar las observaciones que haya detectado durante su verificación, de acuerdo a las funciones establecidas legalmente en el artículo 5.10.7 del RULCOP para los miembros de la Comisión.

14. Pese a ello, y a que EMMSA venía participando de forma activa del proceso de recepción de obras, mediante Carta N° 646-2010-GG-EMMSA, de fecha 03 de diciembre de 2010, EMMSA le remite al Contratista el listado de observaciones "preliminares" detectadas por la Comisión, siendo que dicho concepto excede lo establecido contractual y legalmente. Bajo este escenario, la Comisión por un lado realiza sus "observaciones" y por el otro señala que la Obra no se encuentra terminada.

Sobre la incongruencia de criterio de la supervisión, en representación de EMMSA

1. Señala COSAPI que mediante Asiento N° 1061, con fecha 20 de octubre de 2010, el Contratista solicitó en dicho momento la recepción de la Obra al considerar que había cumplido con la culminación de los trabajos contractuales y adicionales del Contrato; sin embargo, mediante Asiento N° 1075, de fecha 21 de octubre de 2010, la Supervisión denegó dicho requerimiento al constatar que "as obras contractuales y adicionales aprobadas NO SE ENCUENTRAN TOTALMENTE TERMINADAS, por consiguiente no se pueden recepcionar", lo cual fue informado a la Comisión mediante la Carta N° 425-2010/CACC.

2. Asimismo, mediante Asiento N° 1079, con fecha 25 de octubre de 2010, la Supervisión le entregó al Contratista una copia de la Carta N° 427-2010/CACC, con fecha 25 de octubre de 2010, a través de la cual la Supervisión informaba sobre la relación de trabajos no ejecutados para efectos de proceder con la recepción de la Obra, de acuerdo, según la propia Supervisión, a lo establecido en el primer párrafo del artículo 5.10.2 del RULCOP. Dicho Asiento señala lo siguiente:

"Dejamos constancia mediante el presente asiento que hemos entregado a su Representada una copia de nuestra Carta N° 427-2010/CACC en donde presentamos la relación de trabajos que faltan ejecutar para el término de las obras contratadas del GvML, a la Entidad y a la Comisión de Obra, en cumplimiento con el Art. 5.10.2 del RULCOP."

3. En dicha oportunidad (20 de octubre), la Supervisión, al considerar que los trabajos de la Obra no se encontraban concluidos, señaló de forma

categórica la imposibilidad de proceder con la recepción de la Obra, comunicando de ello a EMMSA y a la Comisión. Sin embargo con fecha posterior (15 de noviembre) y habiendo hecho caso a las recomendaciones del Supervisor, el Contratista solicita la recepción de Obra, la Supervisión y EMMSA en vez de señalar que no procedía la misma, lo que hicieron es iniciar el procedimiento de recepción de acuerdo al RULCOP para luego desconocerlo unilateralmente sin justificación.

Sobre la calificación de las observaciones por EMMSA y la Comisión

1. Menciona la parte demandante que EMMSA procedió a notificar a Cosapi, mediante Carta N° 646-2010-GG-EMMSA el listado de observaciones "preliminares" que habría detectado la Comisión luego de su visita a la Obra el 19 de noviembre, y que habría que adicionar a las observaciones comunicadas mediante Carta N° 644-2010-GG-EMMSA, y que habían originado que la Comisión determine que la Obra no se encontraba concluida.
2. Asimismo, reitera que el procedimiento de recepción de obra establecido en el RULCOP no regula figura alguna como la de observaciones "preliminares", siendo ello un calificativo utilizado de forma unilateral por la Comisión y por EMMSA.
3. Mediante Carta N° 1084.2876.09/MRP, de fecha 18 de diciembre de 2010, el Contratista le comunica a EMMSA que continuará subsanando las observaciones formuladas por la Comisión y comunicadas mediante Carta N° 646-2010-GG-EMMSA, y que seguirá con dicha labor dentro del

plazo previsto para ello, de conformidad con lo establecido en el primer párrafo del artículo 5.10.7 del RULCOP, es decir dentro del plazo establecido para subsanar antes de la emisión del Certificado de Recepción de Obras. Dicha Carta emitida por el Contratista señala que:

"(...) y siguiendo con el procedimiento establecido en el art. 5.10 del RULCOP, debemos manifestar que actualmente continuamos levantando las observaciones que la Comisión de Recepción ha formulado y que vuestra representada comunico el 04- Dic-10 mediante carta 646-2010-GG-EMMSA, las cuales se cumplirán en el plazo previsto en el art. 5.10.7 del RULCOP".

4. Luego, mediante Carta No 674-2010-GG-EMMSA, de fecha 22 de diciembre de 2010, EMMSA le señala al Contratista su posición respecto de que la Obra no se encuentra terminada y que las observaciones alcanzadas al Contratista mediante la Carta No 646-2010-GG-EMMSA no son a las que se hace mención en el artículo 5.10.7 del RULCOP. No obstante ello, EMMSA se limita a señalar únicamente que a la fecha el Contratista se encuentra incursa en la penalidad señalada en el artículo 5.11.4 del RULCOP.

Sobre que las observaciones emitidas por la Comisión

1. El Contratista precisa que del listado de observaciones detectadas por la Comisión, y comunicadas por EMMSA mediante Carta No 644-2010-GG-EMMSA y No 646-2010-GG-EMMSA, se puede identificar observaciones que la Comisión y EMMSA calificaron como "pendiente de ejecución",

además de las observaciones que fueron subsanadas dentro del plazo legal para ello. Las observaciones calificadas como "pendiente de ejecución" por parte de la Comisión hacen un total de cuarenta y cinco (45).

2. De dichas observaciones calificadas como "pendientes de ejecución" son claramente reconocibles trece (13) observaciones que se encuentran fuera del alcance del Contrato y otras diez (10) observaciones que no son aplicables en vista de que se trataban de trabajos que ya han sido ejecutados o estaban pendientes de ejecución por causas ajenas al Contratista. Asimismo, existen veintidós (22) observaciones calificadas como "pendiente de ejecución" que no inciden en la funcionalidad de la obra como tal y que bien pudieron ser subsanadas dentro del plazo legal establecido en el RULCOP. Según indica la parte demandante, dichas observaciones que se encuentran dentro del Contrato no son materiales en dinero y/o impacto, por lo que no afectan el correcto funcionamiento de la Obra.
3. En virtud de ello, mediante Carta N° 1100.2876.09/MPR de fecha 30 de diciembre de 2010, señala COSAPI que de buena fe le comunica a EMMSA, para que esta última comunique a la Comisión, acerca de las alternativas técnicas que el Contratista estaría implementando para subsanar las observaciones que no forman parte del alcance del Contrato, pero que al notar la insistencia por parte de EMMSA de ejecutarlas, procederán a ello de buena fe, reservándose el derecho de solicitar el reconocimiento y pago de los impactos que dichos trabajos y/o actividades pudieran producir.

4. Mediante Carta N° 001-2011-GG-EMMSA, de fecha 03 de enero de 2011, EMMSA indica al Contratista que cualquier alternativa técnica que pudiera implementar al Contrato le sea comunicada a la Supervisión, ya que la Comisión se constituirá recién en Obra cuando la misma se encuentre culminada, en respuesta a la Carta N° 1100.2876.09/MRP del Contratista.
5. Indica COSAPI que a pesar de que la propia Supervisión ya había emitido en su oportunidad sus observaciones a través de la Carta N° 447-2010/CACC dando inicio así al procedimiento de recepción de obra establecido en el RULCOP; mediante Asientos N° 1129 y N° 1130, de fechas 03 y 05 de enero de 2011, respectivamente, la Supervisión detalló las partidas que a su entender faltaban ejecutar al 31 de diciembre de 2010, y señala que el Contratista viene ejecutando trabajos no autorizados por la Supervisión que fueron calificados como partidas faltantes por la Comisión.
6. Mediante Carta N° 1120.2876.11/MRP de fecha 14 de enero de 2011, el Contratista comunica a EMMSA que ha cumplido con subsanar la totalidad de observaciones efectuadas por la Comisión en la Carta N° 646-2010-GG-EMMSA, dentro del plazo establecido en el artículo 5.10.7 del RULCOP.
7. Posteriormente y pese que se venía desarrollando el procedimiento de recepción, ante el pedido del Contratista, la Supervisión mediante Asiento N° 1131, de fecha 15 de enero de 2011 deja constancia que al haberse ejecutado la partida "Colocación de los antideslizantes en los

pasos de la escalera principal y las escaleras auxiliares", la Obra se encuentra "sustancialmente" terminada.

Sobre el segundo procedimiento de recepción iniciado por EMMSA, la Comisión y la Supervisión de forma irregular

1. Mediante Asiento N° 1132, de fecha 25 de enero de 2011, la Supervisión puso en conocimiento a EMMSA las observaciones detectadas en la Obra luego del 15 de enero de 2011.
2. Por ello, EMMSA le comunica al Contratista mediante Carta N° 052-2011-GG-EMMSA, de fecha 26 de enero de 2011, que en vista de que la Obra se encontraba culminada de forma "sustancial" desde el 15 de enero, la Comisión se apersonará a la Obra a partir del 31 de enero de 2011, para proceder con el procedimiento de recepción de Obra. Asimismo, en dicha carta se nombra a la nueva Comisión conformada por:
 - a. Ing. Carlos José Zuloaga Espinoza.
 - b. Ing. Patricia Peña Loayza.
 - c. Sr. Juan Carlos Luque Silva.
3. Según menciona COSAPI, la intención de EMMSA fue iniciar en contra de lo establecido en el RULCOP un segundo procedimiento de recepción de obra fuera del plazo legal para ello (la fecha de culminación de los trabajos en la Obra fue el 15 de noviembre de 2010).

4. Mediante Carta N° 1140.2876.11/MPR y Carta N° 1141.2876.11/MPR, ambas de fecha 31 de enero de 2011, el Contratista reafirma su posición respecto a la fecha de término real de la Obra, señalando que con fecha 14 de enero de 2011 se comunicó el levantamiento de la totalidad de observaciones efectuadas por la Comisión, lo que corresponde a partir de dicha fecha es suscribir el Acta de Recepción Final.

5. Mediante Cartas N° 1142.2876.11/MPR, N° 1143.2876.11/MPR, N° 1144.2876.11/MPR y N° 1145.2876.11/MPR, de fecha 31 de enero de 2011 las dos primeras comunicaciones y, las dos siguientes de fecha 01 de febrero de 2011, el Contratista responde a la Supervisión los comentarios vertidos en sus Asientos N° 1128, 1129, 1130 y 1131, desvirtuando lo señalado por la Supervisión respecto de la existencia de partidas no ejecutadas, algunas de las cuales ni siquiera forman parte del alcance del Contrato.
6. Luego, mediante Carta N° 096-2011-GG-EMMSA, de fecha 17 de febrero de 2011, EMMSA le remite al Contratista un ejemplar del Acta de Observaciones de fecha 11 de febrero de 2011 a fin de que el Contratista cumpla con subsanar dichas "observaciones". Dicha Acta contiene las observaciones detectadas por la Comisión en su recorrido por la Obra entre el 31 de enero y el 09 de febrero de 2011.
7. Por ello, en la citada Acta de Observaciones de fecha 11 de febrero de 2011, el Contratista dejó constancia de que ya había cumplido con subsanar las observaciones comunicadas mediante Carta N° 646-2010-GG-EMMSA, con fecha 14 de enero de 2011, en el plazo legal establecido en el artículo del RULCOP; asimismo, se dejó constancia de

que dichas observaciones serían atendidas de buena fe y conforme a sus deberes de colaboración, sin que ello implique una renuncia a la fecha de término de Obra (15 de noviembre de 2011).

8. Por lo tanto, mediante Carta N° 1160.2876.11/MRP, de fecha 24 de febrero de 2011, el Contratista le solicita a EMMSSA comunicarle a la Comisión se apersone a partir del 01 de marzo de 2011 a las instalaciones de la Obra, con la finalidad de verificar que las observaciones contenidas en el Acta de Observaciones de fecha 11 de febrero de 2011 fueron revisadas y atendidas de buena fe, sin que ello signifique una renuncia a la fecha de término real de Obra de fecha 15 de noviembre de 2011.
9. Señala COSAPI que finalmente y luego del retraso injustificado que sufriera el proceso de recepción de la Obra, con fecha 11 de marzo de 2011, las partes suscribieron el Acta de Recepción final de la Obra, mediante la cual EMMSSA dio por concluida la Obra. En dicha Acta, el Contratista vuelve a dejar constancia de que ya se habían subsanado las observaciones efectuadas por la Comisión, y que las observaciones definidas en el Acta de Observaciones de fecha 11 de febrero de 2011 fueron atendidas de buena fe y conforme a sus deberes de colaboración, sin que ello implique una renuncia a la fecha de término real de la Obra. Asimismo, se dejó constancia que la fecha de término real de la Obra se encontraba en proceso arbitral ante el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

- Clausula Novena de la Adenda N° 2
- Ley de Contrataciones del Estado aprobado mediante Decreto Supremo N° 083-2004-PCM.
- Reglamento de Ley de contrataciones del Estado aprobado por Decreto Supremo N° 84-2004-PCM.
- Código Civil y Código Procesal Civil.

II.2 CONTESTACIÓN DE DEMANDA Y RECONVENCIÓN

Mediante Resolución N° 02, de fecha 8 de junio de 2011, se resolvió admitir a trámite el escrito de demanda presentado por el Cosapi y se dispuso su traslado alaEMMSA a fin de que la conteste, para lo cual se le otorgó un plazo de quince (15) días hábiles.

Con fecha 05 de julio d 2011, EMMSA, presentó su escrito de contestación de demanda mediante el cual se niega y contradice la demanda en todos sus extremos y se solicita que en su oportunidad sea declarada improcedente o alternativamente infundada según corresponda.

FUNDAMENTOS DE HECHO:

1. Respecto a la posición de EMMSA y porque no puede considerarse el día 15 de noviembre como fecha de término de obra:
 - a) Qué dice el Contrato y la normatividad aplicable al caso en relación con la Recepción de la Obra.

Señala EMMSA que, para efectos de poder analizar la fecha real de término de obra, es necesario tener en cuenta lo expresado en el Contrato (el numeral 9.1 de la Adenda Nº 2) y en las normas aplicables al mismo en relación con la presente materia (los artículos comprendidos entre el 5.10.1 y el 5.10.7 del RULCOP)

b) La Comisión de Recepción tenía la facultad de verificar si la obra estaba concluida o no, y verificó que no estaba terminada al 15.11.2010.

El numeral 5.10.5 del RULCOP establece expresamente que corresponde a la Comisión de Recepción verificar el fiel cumplimiento de lo establecido en los planos y especificaciones. Ello conlleva la posibilidad que la citada Comisión pueda advertir que la obra no se encuentra concluida.

Indica EMMSA que el presente caso, la Supervisión no señaló en ningún extremo de su Carta del 16 de noviembre que la Obra se hubiese encontrado concluida y que ninguna parte de dicha comunicación o alguna otra cursada por la Supervisión a EMMSA señala esto.

Pero aun así, menciona EMMSA, es claro que quién debe determinar finalmente si la obra estaba o no concluida no es la Supervisión, sino la propia Comisión de Recepción; puesto que, es imposible pensar que aún si la Supervisión no hubiese hecho ninguna objeción, y posteriormente la Comisión de Recepción

cuando efectúa su verificación advierte que hay partes de la obra que no han sido concluidas en su totalidad debe considerarse la obra como terminada.

Señala EMMSA que la posición de COSAPI parece indicar que no, que aún en este supuesto la obra debe considerarse como concluida y solo pueden hacerse observaciones a la ejecución, por lo que EMMSA supone que existe una confusión, mas aún si la normatividad aplicable al caso en ninguna parte señala o contempla que se considere un silencio administrativo positivo si la Supervisión no advierte expresamente con las palabras "no concluida", aun cuando, leyendo el informe del 16 de noviembre de 2010 que la Supervisión eleva a EMMSA para advertir que la obra no estaba concluida al 100%.

c)

Existe una diferencia sustancial entre "obra con observaciones" y "una obra no concluida"

Indica EMMSA que al vencimiento del plazo contractual para la ejecución (15.11.2010) lo que EMMSA esperaba era que la obra se encuentre ya culminada al 100% y por tanto se hubiesen ejecutado al 100% las partidas y subpartidas de la obra y que no existan saldos pendientes en ejecución. Podían haber existido algunas observaciones a lo ejecutado y COSAPI tenía su plazo para subsanarlas.

Sin embargo, lo que EMMSA advirtió es que la obra no estaba concluida al 100%, y para ello, se debe leer la Carta del Supervisor del 16 de noviembre en donde se lista una cantidad de temas faltantes, y el Informe de la Comisión de Recepción en donde nuevamente advierte un sin número de temas faltantes o no ejecutados. Indica EMMSA que lo que COSAPI ha pretendido es asumir que la obra estaba terminada en el último día de su plazo y aquello que no había concluido de ejecutar, realizarlo dentro del periodo de subsanación de observaciones, tratando esto como si fuesen observaciones a una obra terminada, cuando la obra en realidad no estaba concluida, y evitarse de esta manera la aplicación de una sanción económica.

Señala EMMSA que COSAPI no ha mencionado que con fecha 14 de diciembre de 2010, le remitieron la Carta N° 662-2010-GG-EMMSA por la cual se reitera a COSAPI las partidas y aspectos de la obra que no habían sido ejecutados.

Tampoco ha mencionado COSAPI, según indica EMMSA, que existe una constatación notarial en la que se verificó no solo por EMMSA, sino con asistencia de un dador de fe pública, que la obra no estaba concluida. En efecto, existe el Acta de Constatación Notarial de fecha 16 de diciembre de 2010, realizada por el Notario César Torres Kruger a través de la cual se verifica que existen diversas obras contratadas que no habían sido totalmente ejecutadas y se hallaban pendientes de ejecución.

- d) En relación con el tiempo que demoró el pronunciamiento de la Comisión de Recepción.

Indica EMMSA que la obra realizada no es una obra pequeña, por lo que se requirió de varios días de verificación, la propia Comisión señala en su Informe N° 01- 2010/CCROGML que ella estuvo presente en obra desde el 19 de noviembre hasta el 30 de noviembre de 2010.

La Comisión se pronunció el 01 de diciembre de 2010 y ello fue puesto en conocimiento de Cosapi el 02 de diciembre de 2010.

Precisamente, como luego de la verificación advierte una serie de temas faltantes (no ejecutados) hace un Informe y concluye que la obra no estaba concluida, por lo que no se firma Acta de recepción alguna.

- e) Sobre la alegación que EMMSA habría perdido el derecho a hacer observaciones a la obra, y por ende las observaciones que se hicieron luego del 15 de enero del 2011 carecerían de valor como tales:

Emmsa indica que luego de la verificación que se hizo por la Comisión de Recepción se advirtió que la obra no se encontraba concluida, por tanto, no ha existido Recepción alguna, pues no se firmó en ese momento ningún Acta de Recepción. EMMSA no procedió a recepcionar la obra.

Asimismo, señala EMMSA que es recién cuando la Supervisión indica que la obra fue concluida y EMMSA verifica ello (15 de enero de 2011), que se pueden hacer las observaciones correspondientes en caso haya algo que subsanar.

f) Respecto de la suma de S/. 299.339.94 más IGV, los reajustes correspondientes y los intereses que se devenguen hasta la fecha efectiva de pago por concepto de los mayores costos, gastos, daños y otros incurridos por COSAPI como consecuencia en la demora de la recepción de la obra por causas que le son ajenas.

Indica EMMSA que el hecho que se haya recibido la obra recién el 11 de marzo de 2011, obedeció única y exclusivamente al hecho de que COSAPI no culminó la obra, el día 15 de noviembre del 2010, y es recién el 10 de marzo del 2011 cuando termina de levantar las observaciones que se formularon en el procedimiento de recepción de obra luego que culminó con la ejecución.

En todo caso, y aun si hubiese existido algún retraso en la recepción de las obras por causas no imputables a COSAPI, hay que tener presente lo dispuesto en el numeral 5.10.12 del RULCOP.

De tal manera que conforme dicha norma solo correspondería reconocer en todo caso los gastos generales debidamente

acreditados y no así ningún otro concepto, como erradamente pretendería COSAPI.

II.3 RECONVENCIÓN:

Mediante, escrito de contestación de demanda, presentado el 5 de julio de 2011, EMMSA formula Reconvención en los siguientes términos:

Primera Pretensión Principal

- 1) Que el Tribunal Arbitral señale que la fecha de culminación de la obra a que se refiere la Adenda Nº 2 fue el día 15 de enero de 2011.

Pretensión Subordinada

- a. Que en caso de desestimarse nuestra primera pretensión principal, el Tribunal determine en base a los actuados en el presente proceso la fecha de culminación de la obra.

Pretensión Accesoria

- i. Que, en caso que el Tribunal Arbitral declare que la fecha de culminación de la obra fue el 15 de enero de 2011 u otra más allá del 15 de noviembre del 2010, declare que corresponde aplicar la penalidad a que se refiere el numeral 13) del contrato original del 17 de noviembre de 1989 y el numeral 5.11.4.

Tercera (debe decir Segunda) Pretensión Principal

- 2) Que el Tribunal Arbitral declare que corresponde a COSAPI asumir el pago de costas y costos del presente proceso arbitral.

II.4 ABSOLUCIÓN A RECONVENCION

Mediante Resolución N° 4, de fecha 8 de agosto de 2011, se resolvió admitir el trámite de ReconvenCIÓN presentado por EMMSA, mediante escrito de 5 julio de 2011, y se dispuso su traslado a Cosapi a fin de que la conteste, para lo cual se le otorgó un plazo de quince (15) días hábiles.

Con fecha 2 de septiembre de 2011, Cosapi se dispone a contestar y absolver la ReconvenCIÓN planteada por la parte demandada, en los siguientes términos:

- Respecto a la Primera Pretensión Principal, reafirma que los argumentos son los siguientes:
 - En primer lugar, el Contratista, mediante Asiento N° 1103, de fecha 15 de noviembre de 2010, comunicó la culminación de los trabajos contractuales y adicionales correspondientes a la Obra, procediendo de esta manera a solicitar su recepción, de conformidad con lo establecido en el numeral 9.1 de la Cláusula Novena de la Adenda N° 02 y en el primer párrafo del artículo 5.10.2 del RULCOP. De esta manera se da inicio al procedimiento de recepción establecido en el RULCOP.
 - En vista de ello, mediante Carta N° 447-2010/CACC, de fecha 16 de noviembre de 2010, la Supervisión le comunica a EMMSA acerca de la solicitud de recepción de obra formulada por el Contratista y procede a informar sobre las observaciones detectadas en la Obra, de conformidad con lo establecido en el segundo párrafo del artículo 5.10.2 del RULCOP, prosiguiendo de esta manera con el procedimiento de recepción de obra

- establecido en la normativa aplicable y ratificando con sus actos que la Obra se encontraba efectivamente culminada. Ello también fue anotado por la Supervisión en el cuaderno de Obra mediante el Asiento N° 1107, de fecha 17 de noviembre de 2010.
- Luego, en la misma línea del procedimiento de recepción, y habiéndose previamente cumplido con designar a la Comisión de Recepción de acuerdo con la normativa aplicable, EMMSA, mediante Carta N° 622-2010-GG-EMMSA, de fecha 18 de noviembre de 2010, le comunica al Contratista que la Comisión se constituirá en la Obra el día 19 de noviembre de 2010 a partir de las 09:00 horas de la mañana. Ello fue ratificado por la Supervisión mediante Asiento N° 1115, de fecha 19 de noviembre de 2010.
 - En consecuencia de ello, la Comisión se apersonó a las instalaciones de la Obra en la fecha indicada, lo que fue constatado por el Contratista mediante Asiento N° 1116, de fecha 23 de noviembre de 2010.
- Respecto a la Pretensión Subordinada a la Pretensión Principal, y de la Pretensión Accesoria a la Primera Pretensión Principal y a la Subordinada a la Primera Pretensión Principal, manifiesta su total disconformidad con la aplicación de penalidad alguna, por las siguientes razones:
- La Obra ha sido concluida dentro de los plazos contractuales vigentes para su ejecución, siendo que no corresponde que EMMSA aplique multas al Contratista al no existir ningún incumplimiento por parte de éste en la entrega de la Obra. En ese

sentido, el Contratista al haberse encontrado dentro del proceso de recepción y al haberse cumplido con la subsanación de las observaciones dentro del plazo establecido para ello, no procede la aplicación de multas.

○ En el caso negado que el Tribunal estime que la ejecución de la Obra se culminó en un plazo posterior al 15 de noviembre de 2010, cabe precisar que al suscribirse la Adenda N° 02 al Contrato, las partes no pactaron la aplicación de penalidades parciales o por incumplimiento en la ejecución de la Obra, en este caso de la Primera Etapa 1A.

○ En efecto, dicha Adenda no regula la aplicación de penalidad alguna por tardanza en la ejecución de la Primera Etapa 1A, siendo que las penalidades a las que refiere el artículo 5.11.4 del RULCOP son de aplicación al Contrato Completo, que abarca los plazos y montos de contratación de la Primera Etapa 1A y de la Primera Etapa 1B, los cuales, a la fecha, no se encuentran definidos en su totalidad.

- Finalmente, respecto de la Tercera Pretensión Principal, señala que en la medida que del análisis efectuado sobre los escritos presentados por el Contratista el Tribunal resuelva declarar fundadas las pretensiones formuladas por el Contratista, e infundadas las pretensiones formuladas por EMMSA, corresponde que se le atribuya a ésta última el pago de la costas y costos del presente proceso arbitral.

III.5 PRETENSIONES ACUMULADAS:

Mediante Resolución Nº 2 de fecha escrito de fecha 8 de junio de 2011 se tuvo por admitida la acumulación de pretensiones presentada por COSAPI, en ese sentido, mediante escrito de fecha 15 de julio de 2011 fundamenta las pretensiones de la siguiente forma:

- a) **CUARTA PRETENSIÓN PRINCIPAL:** Que EMMSA reconozca y pague a favor del Contratista la suma de S/. 201, 186.88 (Doscientos un mil ciento ochenta y seis y 88/100 Nuevos Soles), más IGV, los reajustes correspondientes y los intereses que se devenguen hasta la fecha efectiva de pago, por concepto de gastos generales que nos descontó indebidamente.

1. **PRIMERA PRETENSIÓN SUBORDINADA A LA CUARTA**

PRETENSIÓN PRINCIPAL: Que EMMSA reconozca y pague al Contratista por concepto de indemnización la suma de s/. 201,186.88 (Doscientos un mil ochenta y seis y 88/100 Nuevos Soles) más IGV, los reajustes y los intereses que se devenguen hasta la fecha efectiva de pago, por los daños generados a éste ultimo por el incumplimiento contractual y/o abuso de derecho de EMMSA con relación a los hechos vinculados a la Cuarta Pretensión Principal.

2. **SEGUNDA PRETENSIÓN SUBORDINADA A LA CUARTA**

PRETENSIÓN PRINCIPAL: Que EMMSA reconozca y pague al Contratista por concepto de indemnización la suma de s/. 201,186.88 (Doscientos un mil ochenta y seis y 88/100 Nuevos Soles) más IGV, los reajustes y los intereses que se devenguen hasta la fecha efectiva del pago, por el enriquecimiento sin causa

de EMMSA con relación a los hechos vinculados a la Cuarta Pretensión Principal.

b) **QUINTA PRETENSIÓN PRINCIPAL:** Que EMMSA reconozca y pague a favor del Contratista la suma de s/. 47,815.71 (Cuatrocientos setenta y nueve mil ochocientos quince y 77/100 Nuevos Soles), más el IGV, los reajustes correspondientes y los intereses que se devenguen hasta la fecha efectiva del pago, por concepto del pago completo de la contraprestación correspondiente a trabajos efectivamente ejecutados a su favor.

1. **PRIMERA PRETENSIÓN SUBORDINADA A LA QUINTA**

PRETENSIÓN PRINCIPAL: Que EMMSA reconozca y pague al Contratista por concepto de indemnización la suma de s/. 479,815.71 (Cuatrocientos setenta y nueve mil ochocientos quince y 71/100 Nuevos Soles) más el IGV, los reajustes y los intereses que se devenguen hasta la fecha efectiva de pago, por los daños generados a éste ultimo por los incumplimientos contractuales y/o de derecho de EMMSA con relación a los hechos vinculados a la Quinta Pretensión Principal.

2. **SEGUNDA PRETENSIÓN SUBORDINADA A LA QUINTA**

PRETENSIÓN PRINCIPAL: Que EMMSA reconozca y pague al Contratista por concepto de indemnización la suma de s/. 479,815.71 (Cuatrocientos setenta y nueve mil ochocientos quince y 71/100 Nuevos Soles) más el IGV, los reajustes y los intereses que se devenguen hasta la fecha efectiva de pago, por el enriquecimiento sin causa de EMMSA con relación a los hechos vinculados a la Quinta Pretensión Principal.

c) **SEXTA PRETENSIÓN PRINCIPAL:** Que EMMSA reconozca y pague a favor del Contratista la suma de s/. 1'166,259.30 (un millón ciento sesenta y seis mil doscientos cincuenta y nueve y 30/100 Nuevos Soles), más el IGV, los reajustes correspondientes y los intereses que se devenguen hasta la fecha efectiva de pago, por concepto de trabajos efectivamente ejecutados pero cuya contraprestación no nos ha pagado.

1. **PRIMERA PRETENSIÓN SUBORDINADA A LA SEXTA**

PRETENSIÓN PRINCIPAL: Que EMMSA reconozca y pague al Contratista por concepto de indemnización la suma de s/. 1'166,259.30 (un millón ciento sesenta y seis mil doscientos cincuenta y nueve y 30/100 Nuevos Soles), más el IGV, los reajustes correspondientes y los intereses que se devenguen hasta la fecha efectiva de pago, por los daños generados a éste último por los incumplimientos contractuales y/o abuso de derecho de EMMSA con relación a los hechos vinculados a la Sexta Pretensión Principal.

2. **SEGUNDA PRETENSIÓN SUBORDINADA A LA SEXTA**

PRETENSIÓN PRINCIPAL: Que EMMSA reconozca y pague al Contratista por concepto de indemnización la suma de s/. 1'166,259.30 (un millón ciento sesenta y seis mil doscientos cincuenta y nueve y 30/100 Nuevos Soles), más el IGV, los reajustes correspondientes y los intereses que se devenguen hasta la fecha efectiva de pago, por el enriquecimiento sin causa de EMMSA con relación a los hechos vinculados a la Sexta Pretensión Principal.

d) **SEPTIMA PRETENSIÓN PRINCIPAL:** Que EMMSA reconozca y pague a favor del Contratista la suma de S/. 3'166,164.81 (Tres millones ciento sesenta y seis mil ciento sesenta y cuatro y 81/100 Nuevos Soles), más el IGV, los reajustes correspondientes y los intereses que se devenguen hasta la fecha de efectiva de pago, por concepto de gastos generales que nos desconoció indebidamente.

e) **OCTAVA PRETENSIÓN PRINCIPAL:** Que se reconozca y pague a favor del Contratista la suma de S/. 46,839.86 (Cuarenta y seis mil ochocientos treinta y nueve y 86/100 Nuevo Soles), más el IGV, los reajustes correspondientes y los intereses que se devenguen hasta la fecha efectiva de pago, por concepto de intereses por su demora en el pago de una serie de valorizaciones.

f) **NOVENA PRETENSIÓN PRINCIPAL:** Que el Tribunal Arbitral declare liquidado el Contrato, respecto a la Primera Etapa 1A en el sentido de la resolución que establezca controversias que han sido sometidas a él en este proceso arbitral y respetando los aspectos de la liquidación en relación a los cuales las partes no mantienen controversia.

FUNDAMENTOS DE HECHO:

a) Respecto a la Cuarta Pretensión Principal:

Señala COSAPI que el Contrato (numerales 11.01 y 11.02) y el artículo 5.9.1 del RULCOP habilitan a la Entidad a efectuar modificaciones al Proyecto, ya sea que éstas versaran en la disposición de obras adicionales

o en la reducción de obras originalmente contratadas; aunque solo hasta el diez por ciento (10%) del monto del Contrato.

Sin embargo, esta facultad no podría ser ejercida en contra de lo establecido en otra norma jurídica; pero esto es precisamente lo que EMMSA hizo al aprobar una serie de presupuestos deductivos por medio de los cuales nos ha descontado paulatinamente una serie de montos por concepto de gastos generales sin justificación, desconociendo la lógica financiera de este tipo de gasto y más aún, transgrediendo lo establecido en el propio RULCOP.

Los gastos son una modalidad de costos indirectos que corresponden al mantenimiento de la estructura organizativa del Contratista en la obra, esto es, aquellos derivados del ejercicio de la construcción como actividad empresarial y que no pueden ser incluidos dentro de las partidas de los costos directos del servicio.

Dentro de esta categoría, la modalidad de gastos generales variables se refiere a aquellos que están relacionados con el tiempo de ejecución de la prestación a cargo del contratista, de lo que se deriva que aun determinado periodo pactado de obra corresponde un correspondiente monto por concepto de gastos generales variables.

Esta es la razón por la que cuando se modifica el Calendario de Avances de Obra – producto de una alteración en la ruta crítica de la obra-, la ampliación de plazo correspondiente se concede al contratista supone su derecho a percibir un monto por mayores gastos generales variables, los

cuales se calculan en función al tiempo de ejecución de la Obra que ha sido afectado.

Señala COSAPI que, en efecto, el artículo 5.7.7 establece que las prórrogas concedidas de acuerdo a lo establecido en el artículo 5.7.4 (causales que modifican el Calendario de Avance de Obra) darán derecho al reconocimiento y pago de gastos generales.

En ese sentido, tal como no corresponde reconocer un mayor monto por gastos generales variables cuando no se ha producido una demora en la terminación de la Obra, la aprobación de un presupuesto deductivo que no supone una reducción del plazo de ejecución de la misma no debería suponer descuento alguno en materia de gastos generales variables.

Indica COSAPI que esto es lo que EMMISA ha hecho al aprobar los Presupuestos Deductivos No. 1 – No. 14. Más allá que en las resoluciones de aceptación de los presupuestos no se da explicación alguna de por qué se procedió a efectuar los descuentos descritos, todos estos deductivos fueron aprobados por la Entidad sin efectuar reducción alguna en el plazo de ejecución contractual, con lo que no cabía el descuento de porcentaje alguno de los gastos generales que ambas partes habían pactado.

b) Respecto a la Primera Pretensión Subordinada a la Cuarta Pretensión Principal

En el caso que el Tribunal desestime la petición principal de Cosapi deberá amparar nuestro reclamo considerando que EMMISA incumplió una de sus

obligaciones contractuales, ocasionando así daños al Contratista al impedir injustamente – con su acción u omisión- que éste reciba una justa retribución por las prestaciones que son remuneradas a través de los gastos generales, efectivamente ejecutados a favor de la Entidad - en la medida que el plazo contractual no se vio afectado con la aprobación de los Presupuestos Deductivos No.1 – No.14.

COSAPI precisa que, dado que el pago que solicita a través de esta pretensión subordinada tiene carácter estrictamente indemnitorio, no requiere de aprobación alguna de ninguna autoridad administrativa, pues su objetivo es el resarcimiento de un perjuicio económico causado al Contratista. No existe norma alguna que disponga lo contrario.

c) Respecto a la Segunda Pretensión Subordinada a la Cuarta Pretensión Principal

Por último, menciona COSAPI que es claro e innegable que la Entidad se ha beneficiado con prestaciones que ha percibido por un periodo mayor al que efectivamente ha retribuido a través del monto total que les ha reconocido sin causa. En ese sentido, corresponde que EMMSA pague al Contratista el valor real de la puesta a disposición de la estructura organizativa de COSAPI en la Primera Etapa 1A de la Obra Completa por el integro del periodo de ejecución contractual.

d) Respecto a la Quinta Pretensión Principal:

Indica la parte demandante que cabe precisar que de acuerdo al artículo

5.9.1 del RULCOP, la aprobación de obras complementarias y/o modificaciones al Proyecto es una facultad de la Entidad y solo de ella. El Contratista únicamente presta su colaboración a la Supervisión – representante técnico de la Entidad en la obra- para detectar la necesidad de efectuarlas y recabar información necesaria para elaborar el expediente respectivo, todo ello en sujeción a su deber de buena fe y colaboración. Siendo entonces facultad de la Entidad el aprobar o no los presupuestos adicionales de cuya necesidad le ayuda a enterarse el Contratista, resulta evidente que lo mínimo que se le puede exigir a su contraparte – en estricto cumplimiento de su deber de dirección y control de la Obra – es que atienda estos informes, pronunciándose respecto a si se debe o no realizar trabajos complementarios en una Obra de su propiedad.

Es cierto que es facultad de la Entidad aprobar los presupuestos adicionales. Pero no es facultad suya determinar cuánto le paga al Contratista por ejecutarlos. El precio por la ejecución de los adicionales se pacta, tal como el precio original correspondiente a la ejecución de la Obra original también se pactó.

e) Respecto a la Primera Pretensión Subordinada a la Quinta Pretensión Principal

En el caso que el Tribunal desestime la Pretensión Principal, deberá amparar el reclamo considerando que EMMSA incumplió dos de sus obligaciones contractuales y/o abuso de uno de sus derechos contractuales, ocasionando así daños al Contratista al impedir injustamente

que éste reciba una justa retribución por los trabajos detallados precedentemente, ejecutados a favor de la Entidad; obra que Cosapi ejecutó a cabalidad y en atención a los fines de la Obra.

Resalta COSAPI que los perjuicios correspondientes a estos incumplimientos de EMMSA están dados por los mayores recursos que el Contratista se vio forzado a invertir en la ejecución de estas labores y que no le han sido reconocidos íntegramente.

f) Respecto a la Segunda Pretensión Subordinada a la Quinta Pretensión Principal:

Por último, indica COSAPI que es claro e innegable que la Entidad se ha beneficiado de un servicio mayor a aquél por el cual ha pagado, situación que constituye un enriquecimiento sin causa. ~~En ese sentido, corresponde~~ que EMMSA pague al Contratista el valor real de las obras ejecutadas, comprendiendo tocos y cada uno de los trabajos objeto de los Presupuestos Adicionales N° 2; N°3; N°5; N°11B; N° 14; N°15; N°21; N°25; efectivamente realizados por COSAPI en su favor.

g) Respecto a la Sexta Pretensión Principal:

En una obra sometida a paralizaciones como las que sufrió ésta, las modificaciones al Proyecto original se tornan necesarias y el mecanismo naturalmente llamado a canalizarlas es la disposición de presupuestos adicionales y deductivos de obra, tal como lo establece el artículo 5.9.1 del RULCOP.

COSAPI precisa que las obras adicionales no superaron el tope de diez por ciento (10%) del monto del Contrato establecido por el artículo 5.9.1 del RULCOP.

En ese sentido, indica COSAPI que resulta que: (i) la Entidad era consciente de la necesidad de realizar una serie de trabajos complementarios con el objeto de que la Obra fuese ejecutada de acuerdo a sus fines; (ii) de que era atribución suya disponer la aprobación de los correspondientes presupuestos adicionales pero no lo hizo; (iii) de que no objeto en momento alguno la realización efectiva de estos trabajos.

h) Respecto a la Primera Pretensión Subordinada a la Sexta Pretensión Principal

En el caso que el Tribunal desestime la Pretensión Principal de COSAPI, deberá amparar el reclamo considerando que EMMMSA incumplió dos de sus obligaciones contractuales y/o abuso de uno de sus derechos contractuales, ocasionando así daños al Contratista al impedir injustamente que éste reciba una justa retribución por los trabajos adicionales, ejecutados a favor de la Entidad; obras queseCosapi ejecuto a cabalidad y en atención a los fines de la Obra.

i) Respecto a la Segunda Pretensión Subordinada a la Sexta Pretensión Principal

Por último, es claro e innegable que la Entidad se ha beneficiado de un servicio mayor a aquél por el cual ha pagado, situación que constituye un enriquecimiento sin causa. En este sentido, corresponde que EMMSA pague al Contratista el valor real de la obra ejecutada, comprendiendo todos y cada uno de los trabajos vinculados a las obras provisionales del 01.10.10 – 15.11.10; el cambio de barandas en el Centro Comercial; y el relleno de diferencias topográficas no conciliadas.

j) Respecto a la Séptima Pretensión Principal

Debido al reestructuramiento, financiero que venía sufriendo la Obra Completa, EMMSA solicitó al Contratista, mediante la Carta N° 051-2010-G-EMMSA del 22 de enero de 2010, disminuir el ritmo de avance de la Obra y, por lo tanto, reprogramar los trabajos establecidos en los Cárdenas de Avance de Obra.

Atendiendo a lo solicitado, el Contratista le manifestó a EMMSA las acciones inmediatas a tomar y le señaló que para reprogramar sus actividades requerían que se le hiciera entrega del cronograma de desembolsos mensuales que realizaría la Entidad. Ello le fue comunicado a EMMSA a través de las Cartas N° 0614.2876.09/MRP y N°. 0656.2876.09/MRP del 29 de enero y 16 de febrero de 2010, respectivamente.

En ese sentido, el Supervisor remitió el citado cronograma a través de la Carta N° 120-2010/CACC del 10 de marzo de 2010.

A razón de la reprogramación de los trabajos ordenado por la Entidad, el Contratista, mediante Carta N° 0693.2876.09/MRP del 20 de marzo de 2010, procedió a solicitar la Ampliación de Plazo N° 2 por ciento ochenta (180) días naturales, de acuerdo con lo establecido en el numeral 10.01 del Cláusula Décima del Contrato y en el literal e) del artículo 5.7.4 Y el artículo 5.7.5 del RULCOP.

Como consecuencia de ello, EMMSA emitió la Resolución de Gerencia General N° 005-2010-GG-EMMSA, de fecha 12 de abril de 2010, a través de la cual se aprobó la solicitud de Ampliación de Plazo N° 2, pero sin el reconocimiento de los gastos generales y sin que justificase el motivo de este último extremo de sus decisión.

k) Respecto a la Octava Pretensión Principal

De acuerdo con el numeral 7.01 de la Cláusula Séptima del Contrato, (*l)as valorizaciones serán mensuales y serán elaboradas en conformidad con las normas establecidas por el Capítulo N° 5.5 del RULCOP, con modificaciones y limitaciones establecidas para ellas por las Bases que el presente Contrato concreta*".

En el marco del referido capítulo, el artículo 5.5.6 del RULCOP se ocupa de precisar la oportunidad en la que debe hacerse pago de las Valorizaciones del Contrato:

"Artículo 5.5.6.- Las valorizaciones por concepto de Contrato principal reajuste por alzas, mayores gastos generales y otros, seán cancelados

en fecha no posterior al último día hábil del mes siguiente al que corresponde la valorización.”

Conforme al referido procedimiento, el Contratista procedió a presentar una serie de facturas relativas a valorizaciones contractuales y adicionales que no fueron canceladas dentro del plazo legal establecido en el artículo citado previamente.

En la medida que el artículo 5.5.7 del RULCOP establece que a partir del vencimiento del plazo establecido en el artículo 5.5.6, el Contratista tendrá derecho al abono de intereses por la demora en el pago, y sabiendo que el presente caso los intereses en cuestión ascienden a un monto total de s/. 46,839.86 (Cuarenta y seis mil ochocientos treinta y nueve y 86/100 Nuevos Soles).

I) Respecto a la Novena Pretensión Principal

A través de la demanda y de la presente demanda acumulada, Cosapi ha sometido a conocimiento del Tribunal Arbitral una parte significativa de los conceptos que integran la liquidación del Contrato que le presentáramos a la Entidad a través de la Carta N° 1179.287611/MPR del 18 de abril de 2011.

II. 6 CONTESTA DEMANDA AMPLIADA

Mediante Resolución, de fecha 15 de agosto de 2011, se resolvió admitir a trámite el escrito de demanda acumulada por el Cosapi y se dispuso su

traslado a la EMMSA a fin de que la conteste, para lo cual se le otorgó un plazo de quince (15) días hábiles.

Con fecha 16 de setiembre de 2011, la parte Demandada, presentó su escrito de contestación de demanda acumulada mediante el cual se niega y contradice la demanda acumulada en todos sus extremos y se solicita que en su oportunidad sea declarada improcedente o alternativamente infundada según corresponda.

FUNDAMENTOS DE HECHO:

a) Sobre la Cuarta Pretensión Principal

El contratista ha demandado en esta pretensión una suma que solicita le sea reconocida por una supuesta indebida deducción de sus gastos generales variables, señalando que el haberse reducido el plazo de ejecución de obra, no deberían haberse reducido el importe de los gastos generales, aun cuando acepta que hayan existido deductivos.

Puede afirmarse que los gastos generales variables se establecen en función del plazo de ejecución de la obra, y por ello cuando hay ampliaciones de plazo sin culpa del contratista suele reconocerse los mayores gastos generales; la demandada considera que la apreciación de Cosapi no es correcta por cuanto de acuerdo a lo establecido en el Contrato (la Adenda N°2) si corresponde hacer dicha deducción porcentual cuando se produce un deductivo de la obra que afecta el costo directo, y sustenta ello en lo siguiente

Al celebrarse la Adenda N°2 para la ejecución de la Etapa 1A del Gran Mercado Mayorista de Lima, ambas partes acordamos actualizar el costo de la obra y para tal efecto convinimos en que el nuevo valor de la obra sería el resultado de la actualización del costo directo, a cuyo monto se le adicionaría el mismo porcentaje del Gasto General y de la Utilidad previsto en el contrato original, que era del 8.8% y el 10% respectivamente (numeral 1.32 de la Adenda N°2).

Consecuentemente, si el costo directo de la obra se redujo como consecuencia de deductivos, que no están en discusión por parte de Cosapi, lo único que ha hecho EMMSA es aplicar el porcentaje de gasto general en relación con el costo directo de la obra, y ello porque así lo establecieron las partes.

b) Sobre la primera pretensión subordinada a la cuarta pretensión principal

En cuanto a esta pretensión subordinada, el pedido de abuso de derecho únicamente procedería cuando exista un derecho cierto, reconocido y probado y que sobre ese mismo se haya producido un ejercicio irregular. En el presente caso, primero se tendría que evaluar si EMMSA tiene o no derecho para haber deducido el gasto general, y si advertido que así fuese corresponderá preguntarse si finalmente ello importa o no un ejercicio abusivo de nuestra parte o una consecuencia no querida por el ordenamiento legal, y cuando decimos no querida debe entenderse como una consecuencia repudiada por el sistema normativo.

Así las cosas el Tribunal podrá apreciar que ello no es correcto, puesto que lo único que la Entidad ha hecho es aplicar lo pactado entre las partes, en relación a la forma de determinación del gasto **general** al momento de celebrar la Adenda N°2, y que fue aceptado así tanto por EMMSA como por Cosapi para simplificar la determinación de un nuevo gasto general.

c) Sobre la segunda pretensión subordinada a la cuarta pretensión principal

El enriquecimiento sin causa regulado en el artículo 1954º y 1955º del Código Civil es una fuente de obligaciones que se encuentra fuera del convenio arbitral, por lo que hemos planteado la excepción de incompetencia.

d) Sobre la quinta pretensión principal

Es necesario tener en cuenta que en los distintos presupuestos adicionales, el Contratista inició la ejecución de las obras antes de que se contara con el expreso consentimiento de EMMSA y por ende bajo su costo y riesgo, es decir, no se ha seguido con el procedimiento correspondiente, incluso fue denegada la ejecución y pese a ello se ejecutaron las obras. Asimismo, el artículo 5.9.6 señala en forma expresa que antes de que se realice algún tipo de variación que afecte el monto del contrato, se deberá de contar con una aprobación previa.

Cabe tener en cuenta que sobre todas la resoluciones que resuelven los presupuestos adicionales no se ha planteado ninguna reconsideración o

apelación sobre las mismas con anterioridad a la demanda presentada, es decir Cosapi en ningún momento impugno dichas resoluciones.

e) Sobre la primera pretensión subordinada a la quinta pretensión principal

Utiliza los mismos argumentos que en la primera pretensión subordinada la cuarta pretensión principal.

f) Sobre la segunda pretensión subordinada a la quinta pretensión principal

Se remite a los argumentos utilizados en la segunda pretensión subordinada a la cuarta pretensión principal.

g) Sobre la sexta pretensión principal

Respecto de esta pretensión, EIMMSA advierte que los trabajos que viene reclamando Cosapi fueron ejecutados, pero la Supervisión consideró en su oportunidad que no corresponden a trabajos adicionales y tampoco fueron tramitados como tales.

Nuevamente, insisten que en el marco aplicable del RULCOP se encuentra el 5.9.6 que claramente señala que solo serán reconocidos los adicionales autorizados administrativamente previamente por la Entidad, caso contrario no podrán ser reconocidos.

h) Sobre la séptima pretensión principal

De acuerdo con la pretensión del contratista, éste sustenta su pedido en que en la Resolución N° 005-2018-GG-EMMSA señala que no se reconocen los gastos generales y ahora pretenden que estos sean reconocidos. Sin embargo, advierten que luego de notificada dicha resolución a Cosapi no fue impugnada administrativamente por la misma.

En tal sentido el Tribunal Arbitral no puede dejar de tener en cuenta que en el marco del RULCOP, las resoluciones que se emitían aprobando ampliaciones de plazo eran resoluciones de carácter administrativo en ese sentido EMMSA emitió una Resolución de Gerencia General N° 005-2010-GG-EMMSA del 12.04.2010 aprobando la ampliación de plazo por 180 días sin reconocimiento de gastos generales, y frente a ella Cosapi no interpuso dentro de los 15 días siguientes recurso impugnativo alguno conforme a las normas de la Ley del Procedimiento Administrativo General y en particular al artículo 207º de dicho cuerpo normativo.

i) Sobre la octava pretensión principal

Sobre este extremo, EMMSA considera que corresponde el reclamo formulado conforme con el artículo 5.5.7 del RULCOP, que señala que el contratista tendrá derecho al abono de intereses y comisiones a partir del vencimiento del plazo establecido en artículo 5.5.6, que indica que las valorizaciones y otros serán canceladas en fecha no posterior al último día hábil del mes siguiente al que corresponde la valorización. La supervisión ha evaluado este pedido, empero solo reconoce un monto de

s/. 44,627.37 sin IGV (suma que resulta menor a la reclamada que asciende a s/. 46,839.86 sin IGV).

j) Sobre la novena pretensión principal

Sobre este extremo, indica que en el presente proceso únicamente se encuentran sometidos los puntos demandados y el resultado del laudo arbitral afectará los conceptos liquidados y los efectos de todos estos aspectos controvertidos. Sobre los aspectos no demandados, la entidad entiende que se ha aceptado la liquidación presentada por ésta.

II.7 EXCEPCION DE INCOMPETENCIA

Asimismo, mediante el primer otrosí del escrito de contestación de ~~demanda cumplida, de fecha 16 de septiembre de 2011, ENMESA S.A. presenta excepción de incompetencia respecto a las segundad pretensiones subordinadas a la cuarta, quinta y sexta pretensión principales en los siguientes términos:~~

De acuerdo con la cláusula arbitral, señalada en la Adenda N°2 de fecha 01 de junio de 2009, se señala lo siguiente:

“Las partes contratantes deberán efectuar sus mejores esfuerzos para que cualquier desavenencia controversia que pudiera derivarse de la presente Adenda, incluidas las de su nulidad o invalidez, sea resuelta en clima de buena fe mediante trato directo y amigable entre sus representantes designados para el efecto.

Los representantes de ambas partes, actuando de conformidad con las pautas señaladas en el párrafo precedente deberán tratar de resolver las controversias que surjan en un plazo no mayor de siete (7) días, o en un plazo mayor de convenirlo mutuamente.

De no obtenerse una solución dentro del referido plazo o del mayor plazo que hubieran convenido, las partes contratantes designaran a dos representantes del más alto nivel para que traten de resolver la controversia mediante trato directo y amigable, quienes tendrán un plazo adicional de siete (7) días o en un plazo mayor de convenirlo mutuamente para encontrar una solución.

En caso no encontrarse una solución luego de producidas las negociaciones detalladas, se someterá la controversia a arbitraje de derecho, dentro de quince días hábiles de concluidas las negociaciones, resolviéndose mediante fallo definitivo e inapelable, de conformidad con los reglamentos de conciliación y arbitraje del Centro de Arbitraje Nacional e Internacional de la Cámara de Comercio de Lima, a cuyas normas las partes se someten en forma incondicional. El arbitraje será llevado por un tribunal conformado por tres árbitros."

Por su parte la Ley señala en su artículo 2.1 que podrá someterse a arbitraje las controversias que sean de libre disposición. El artículo 13.1 señala que el convenio arbitral es el acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje las controversias que pudiesen derivarse de

una determinada relación jurídica contractual o de otra naturaleza. En el presente caso el convenio arbitral está referido a las controversias derivadas de la adenda; y siendo dicha adenda una relacionada al contrato celebrado, no cabe duda que lo que las partes han sometido a arbitraje son sus controversias contractuales.

Pese a lo expuesto, existen 3 pretensiones subordinadas relacionadas directamente al enriquecimiento sin causa, es decir, a un supuesto enriquecimiento de nuestra parte sin motivo alguno, y por tanto no estamos en estricto frente a un supuesto que pueda considerarse como una materia arbitrable bajo los alcances del convenio celebrado, por tanto el Tribunal Arbitral carece de competencia para conocer de dichas pretensiones subordinadas.

II.8 ABSOLUCIÓN DE EXCEPCIONES DE INCOMPETENCIA

Mediante Resolución N°10, de fecha 28 de noviembre de 2011, se tuvo por presentada la excepción formulada por EMMSA a través de su escrito del 16 de setiembre de 2011 corriéndose traslado a Cosapi para que en un plazo de quince (15) días manifieste lo conveniente a su derecho respecto a dichas excepciones.

Mediante escrito del 22 de diciembre de 2011, Cosapi manifiesta su posición respecto a dichas excepciones en los siguientes términos:

En el presente caso, el Consorcio ya en su petición de arbitraje había dejado constancia de que se reservaba el derecho de plantear dentro de

este arbitraje pretensiones que tuvieran por objeto su resarcimiento por el enriquecimiento sin causa de la Entidad.

En ese sentido, dado que la materia que excederían a la competencia del Tribunal fue planteada en la petición de arbitraje, es evidente que el momento oportuno para que EMMSA se opusiera a que el Tribunal conociese este tipo de reclamo era el escrito por el que contestó a la dicha petición, es decir su escrito de fecha 2 de marzo de 2011. Sin embargo, la Entidad no hizo cuestionamiento alguno en relación a que un enriquecimiento sin causa pudiera ser conocido por el Tribunal.

Por otro lado, una primera razón alegada por la Entidad para fundamentar esta excepción es que el enriquecimiento sin causa no constituiría en estricto un supuesto de arbitraje bajo los alcances del convenio arbitral pactado, dada la condición de fuentes de obligaciones diferente a la contractual que ostentaría esta institución.

Ese argumento no encuentra fundamento debido a que: (i) del texto del convenio arbitral se tiene que el enriquecimiento sin causa si puede ser sometido a arbitraje; y que, en cualquier caso, (ii) el enriquecimiento sin causa si es una materia arbitrable de conformidad al Contrato porque las controversias originadas alrededor suyo si derivan del mismo.

II.9 APERSONAMIENTO DE LA MUNICIPALIDAD METROPOLITANA DE LIMA

Mediante Resolución N°13, de fecha 15 de febrero de 2012, se autoriza la incorporación de la Municipalidad de Lima Metropolitana, propuesta por EMMSA mediante escrito de fecha 16 se setiembre de 2011; por lo tanto, se le notificó a la Municipalidad los escritos de demanda arbitral y su ampliación, para que en un plazo de quince (15) días sustente su posición.

Con escrito de fecha 16 de marzo de 2012, la Municipalidad contesta la demanda arbitral y su ampliación en los siguientes términos:

PLANTEA NULIDAD DE LO ACTUADO

Que, de una lectura de la demanda y de su ampliación es de advertirse que la misma tiene origen en la Adenda N°01 suscrita entre EMMSA y Cosapi, siendo que la primera actuó en representación de la Municipalidad Metropolitana de Lima en virtud al Acuerdo de Consejo N° 558.

Así, es de verse que la cláusula Décimo Octava trata lo referente a la solución de controversias que surgieran entre las partes, estableciéndose un procedimientos a seguirse el mismo que llevaría a cabo bajo un “... *clima de buena fe mediante trato directo y amigable entre sus representantes designados para tal efecto...*”, siendo que al cabo del mismo recién se podría acudir a la vía arbitral a efectos de resolver la controversia originada.

En ese orden de ideas, señala que la Municipalidad en ningún momento ha sido notificada del procedimiento de negociación previo al arbitraje, conforme se puede advertir de los actuados y siendo que Cosapi y EMMSA consideran que la Municipalidad debe ser parte del presente proceso de arbitraje, lo lógico hace suponer que también debió ser parte de la etapa pre arbitral. Al respecto, Cosapi no puede alegar desconocimiento de la posición de la Municipalidad, por cuanto la cláusula decimo séptima de la indicada Adenda establece que EMMSA interviene como Unidad ejecutora del proyecto en virtud de una designación realizada mediante resolución de Gerencia Municipal Metropolitana N° 134.

Por otro lado, centrándose al proceso arbitral se tiene que el mismo se inicia en atención a la indicada cláusula arbitral y las disposiciones contenidas en el Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima y la Ley de Arbitraje.

Así, de conformidad a lo estipulado en el artículo 63º literal b) de la Ley se tiene que laudo deviene en nulo si "... una de las partes no ha sido debidamente notificada del nombramiento de un árbitro o de las actuaciones arbitrales, o no ha podido por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos...", motivo por el cual, de lo actuado se tiene que de proseguirse con el presente proceso arbitral, el laudo a emitirse en el mismo devendría en nulo, ello siempre que no se subsane los errores advertidos.

DE LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA Y SU AMPLIATORIA

Que, a través de la Resolución de Gerencia Municipal N° 134 de fecha 15 de septiembre de 2008, la Municipalidad designó a EMMSA como Unidad Ejecutora Municipal de Proyecto.

Asimismo, de acuerdo a la Adenda N° 2 del Contrato, en el artículo Décimo Primero se dispone que EMMSA represente a la Municipalidad, en todas las obligaciones y derechos que corresponden al Contrato.

Así, mediante Acuerdo de Concejo N° 558 de fecha 19 de diciembre de 2008, EMMSA ha sido autorizada por el Concejo Metropolitano de Lima para que en representación de la Municipalidad negocie y suscriba las adendas al Contrato suscripto con Cosapi.

En atención a lo señalado y teniendo en cuenta que la unidad ejecutora del Contrato sobre el cual versa la Litis ha sido EMMSA, es que hace suyos los argumentos de defensa expresado por dicha Entidad en sus escritos de contestación de demanda y su ampliación; por lo que transcribe íntegramente dichos documentos, mostrándose de esta manera como coadyuvante de EMMSA.

II.10 ABSUELVE NULIDAD

Mediante escrito del 3 de mayo de 2012, Cosapi se pronuncia respecto a la nulidad planteada por la Municipalidad en los siguientes términos:

Dentro de los plazos correspondientes, el 26 de mayo de 2011, Cosapi procedió a formular su demanda original y EMMSA, a su turno, el 5 de julio de 2011, la contestó; sin que en ningún momento alguna de las partes haya cuestionado que nos encontrábamos frente a una relación jurídica arbitral válida.

Es recién a través de su escrito del 16 de setiembre de 2011 que EMMSA solicito que se emplazara a la Municipalidad con las demandas, a efectos de que manifestara su voluntad o expusiera su posición al respecto.

Posteriormente, a través de un escrito del 10 de febrero de 2012, la Municipalidad se apersonó al proceso, es decir aceptó la invitación que se le formuló, sin que en punto alguno de ese escrito haya efectuado condicionamiento o reserva alguna de las térrritas en que se produciría su incorporación. En otras palabras, desde el 10 de febrero de 2012, la Municipalidad es parte de este proceso sin ninguna reserva u objeción.

En ese sentido, el pedido de que se declare nulo todo lo actuado debe ser declarado IMPROCEDENTE por extemporáneo en la medida que recién fue planteado el 16 de marzo de 2012, cuarenta y tres (43) días hábiles después de que le fuera notificada la Resolución N° 12, a través de la que se le invitó a incorporarse al presente proceso arbitral y veinticinco (25) días hábiles luego de haberse apersonado al presente proceso arbitral.

Lo anterior se encuentra en conformidad con el artículo 13 del Reglamento de Arbitraje del Centro, el cual establece que si una parte, conociendo de la presunta inobservancia o infracción a una norma, precepto u acuerdo aplicable al caso, prosigue con el arbitraje y no objeta su incumplimiento dentro del plazo de cinco (5) días- contado desde que conoció o pudo conocer tal circunstancia-, se considerará que renuncia a objetar el laudo por tales razones.

Por otro lado, debe remarcarse también que el contrato ha sido celebrado y ejecutado conforme a sus términos, siendo incluso que las facturas han sido siempre emitidas a nombre de EMMSA y pagadas por ésta. Alegar, en ese sentido, que el Convenio Arbitral debe ser ejecutado de forma distinta es evidentemente contrario a los actos propios y, por ende, al Principio de Buena Fe.

Por tal razón, dicho pedido debe ser declarado INFUNDADO porque en el fondo lo que pretende sostener la Municipalidad es que su incorporación al proceso es inherente y circunstancial al convenio arbitral, cuando en realidad la incorporación de la Municipalidad nace de su propia aceptación sin reservas ni objeciones a participar en el mismo, habiendo sido invitado a incorporarse a este arbitraje precisamente en tales condiciones y, por tanto, únicamente en el Estado en que el proceso se encontraba al momento que se produjo su incorporación.

Asimismo, y por último, el convenio arbitral está contenido en la Adenda N°2 al Contrato –y no la Adenda N°1 como señala la Municipalidad. En ese sentido, si se examina el contenido de la adenda en cuestión, se

verificara que esta fue suscrita por Cosapi y por EMMSA, no por la Municipalidad.

Mediante Resolución N° 16 de fecha 1 de junio de 2012, este colegiado resolvió declarar improcedente la solicitud de nulidad planteada por la Municipalidad.

II.11 AUDIENCIA DE DETERMINACION DE CUESTIONES MATERIA DE PRONUNCIAMIENTO DEL TRIBUNAL ARBITRAL

Mediante Resolución N° 17, de fecha 20 de julio de 2012, se citó a las partes a la respectiva Audiencia de Determinación de Cuestiones de Pronunciamiento del Tribunal Arbitral, para el lunes 13 de agosto de 2012 a las 3:00 p.m.

En la fecha y hora programada, se llevó a cabo la diligencia con la presencia de los representantes de las partes, en el siguiente orden:

II.11.1 EXCEPCIONES DE INCOMPETENCIA

Respecto de las excepciones plateadas por EMMSA y la Municipalidad, el Tribunal Arbitral, de acuerdo a sus facultades, estimó adecuado indicar que serán resueltas junto con las cuestiones relativas al fondo de la controversia.

II.11.2 DETERMINACIÓN DE LAS CUESTIONES MATERIA DE PRONUNCIAMIENTO DEL TRIBUNAL ARBITRAL

Con la conformidad de las partes, el Tribunal Arbitral procedió a fijar como materias de pronunciamiento los siguientes:

1. Determinar si corresponde o no declarar que Cosapi cumplió el plazo de ejecución contractual y que la fecha de conclusión de la obra es el 15 de noviembre de 2010.

Como consecuencia de lo anterior, determinar si corresponde aplicar alguna multa a Cosapi.

2. Determinar si corresponde no que se reconozca y pague a favor de Cosapi la suma de s/. 299,339.94, más IGV, los reajustes correspondientes y los intereses que se devenguen hasta la fecha efectiva de pago, por concepto de mayores costos, daños y otros incurridos, como consecuencia de la demora en la recepción de la obra por causa ajenas a Cosapi.

3. Determinar si corresponde o no declarar que EMMSA reconozca y pague a favor de Cosapi la suma de s/. 201,186.88, más IGV, los reajustes correspondientes y los intereses que se devenguen hasta la fecha efectiva de pago, por concepto de gastos generales que se habrían descontado indebidamente.

En caso se desestime lo anterior, determinar si corresponde o no que EMMSA reconozca y pague a Cosapi, por concepto de indemnización la suma de s/. 201,186.88, más el IGV, los reajustes correspondientes y los intereses que se devenguen hasta la fecha efectiva de pago, por los daños generados a éste ultimo por el incumplimiento contractual y/o abuso de derecho de EMMSA.

En caso se desestime lo anterior, determinar si corresponde o no que EMMSA reconozca y pague a Cosapi por concepto de indemnización la suma de s/. 201,186.88, más el IGV, los reajustes correspondientes y los

intereses que se devenguen hasta la fecha efectiva de pago, por el enriquecimiento sin causa de EMMSA.

4. Determinar si corresponde o no declarar que EMMSA reconozca y pague a favor de Cosapi la suma de s/. 479,815.71, más IGV, los reajustes correspondientes y los intereses que se devenguen hasta la fecha efectiva de pago, por concepto del pago completo de la contraprestación correspondiente a trabajos efectivamente ejecutados a su favor.
En caso se desestime lo anterior, determinar si corresponde o no que EMMSA reconozca y pague a Cosapi, por concepto de indemnización la suma de s/. 479,815.71, más el IGV, los reajustes correspondientes y los intereses que se devenguen hasta la fecha efectiva de pago, por los daños generados a éste último por el incumplimiento contractual y/o abuso de derecho de EMMSA.
5. En caso se desestime lo anterior, determinar si corresponde o no que EMMSA reconozca y pague a Cosapi por concepto de indemnización la suma de s/. 479,815.71, más el IGV, los reajustes correspondientes y los intereses que se devenguen hasta la fecha efectiva de pago, por el enriquecimiento sin causa de EMMSA.
5. Determinar si corresponde o no declarar que EMMSA reconozca y pague a Cosapi la suma de s/. 1'166,259.30, más el IGV, los reajustes correspondientes y los intereses que se devenguen hasta la fecha efectiva de pago, por concepto de trabajos efectivamente ejecutados pero cuya contraprestación no se habría pagado.

En caso se desestime lo anterior, determinar si corresponde o no que EMMSA reconozca y pague a Cosapi, por concepto de indemnización la suma de s/. 1'166,259.30, más el IGV, los reajustes correspondientes y los intereses que se devenguen hasta la fecha efectiva de pago, por los daños generados por los incumplimientos contractuales y/o abuso de derecho de EMMSA.

En caso se deseñe lo anterior, determinar si corresponde o no que EMMSA reconozca y pague a Cosapi por concepto de indemnización la suma de s/. 1'166,259.30, más el IGV, los reajustes correspondientes y los intereses que se devenguen hasta la fecha efectiva de pago, por el enriquecimiento sin causa de EMMSA.

6. Determinar si corresponde o no declarar que EMMSA reconozca pague a favor de Cosapi la suma de s/. 3'166.81, más IGV, los reajustes correspondientes y los intereses que se devenguen hasta la fecha efectiva de pago, por concepto de gastos generales que se habrían descontado indebidamente.

7. Determinar si corresponde o no declarar que EMMSA reconozca y pague a favor de Cosapi la suma de s/. 46,839.86, más el IGV, los reajustes correspondientes y los intereses que se devenguen hasta la fecha de pago, por concepto de intereses por demora en el pago de una serie de valorizaciones.

8. Determinar si corresponde o no declarar liquidado el Contrato de Obra N° 003-88-EMMSA, respecto a la Primera Etapa 1A, en el sentido de lo que el

Tribunal Arbitral establezca, respetando los aspectos de la liquidación en relación a los cuales las partes no mantienen controversia.

9. Determinar si corresponde o no declarar que la fecha de conclusión de la obra, a la que hace referencia la Adenda N° 2, es el 15 de enero de 2011.

En caso se desestime lo anterior, determinar cuál es la fecha de conclusión de la obra.

En caso se declare que la fecha de culminación de la obra fue el 15 de enero de 2011 u otra más allá del 15 de noviembre de 2010, determinar si corresponde o no aplicar a Cosapi la penalidad a que se refiere el numeral 13.00 del Contrato de Obra original de fecha 17 de noviembre de 1989 y el numeral 5.11.4 del RULCOP.

10. Determinar a quién le corresponde asumir las costas y castos del presente proceso

III.11.3 ADMISIÓN DE MEDIOS PROBATORIOS:

Seguidamente, el Tribunal Arbitral procedió a admitir los siguientes medios probatorios:

DE LA PARTE DEMANDANTE:

Documentos:

Se admitieron los documentos ofrecidos por Cosapi en:

- El acápite denominado "1. MEDIOS PROBATORIOS" de su escrito presentado el 26 de mayo de 2011.
- El acápite "X. MEDIOS PROBATORIOS" de su escrito presentado el 15 de julio de 2011.

Pericia y documentos para su elaboración

El Tribunal Arbitral advierte que, en el acápite "PERICIAS" del escrito de demanda presentado el 26 de mayo de 2011, Cosapi ofreció como medio probatorio la realización de una pericia independiente.

Asimismo, en el acápite "Pericia" del escrito presentado el 15 de julio de 2011, Cosapi ofreció como medio probatorio la realización de una pericia independiente.

Al respecto, este colegiado puso admitir dichas pericias precisando que, en su oportunidad, el Tribunal Arbitral fijará las reglas sobre las cuales actuarán.

Asimismo, se admitieron los medios probatorios ofrecidos por Cosapi en el escrito presentado el 26 de mayo y 15 de julio de 2011, consistente en:

- El íntegro del Expediente Técnico
- Las Bases de Selección
- Los Informes de Supervisión
- Las valorizaciones de los meses correspondientes

DE LA PARTE DEMANDADA:

Documentos

Se admitieron los siguientes documentos ofrecidos por EMMSA en:

- El acápite "MEDIOS PROBATORIOS" del escrito presentado el 5 de julio de 2012 que van del numeral 1 al 4.
- El acápite "V. MEDIOS PROBATORIOS" del escrito presentado el 16 de setiembre de 2011 que van del numeral i al xii.
- Se admitieron las pruebas presentadas por la Municipalidad en el acápite denominado "Medios Probatorios", de su escrito presentado el 16 de marzo de 2012.

Pericia

El Tribunal Arbitral advirtió que, en el numeral 5 del acápite "MEDIOS PROBATORIOS" del escrito presentado el 5 de julio de 2012 y en numeral xiii. del acápite "V. MEDIOS PROBATORIOS" del escrito presentado el 16 de setiembre de 2011, EMMSA ofreció como medio probatorio la realización de una pericia independiente

Al respecto, el Tribunal Arbitra procedió a admitir la pericia precisando que, en su oportunidad, se fijaran las reglas sobre las cuales se actuará la pericia.

Declaraciones

Asimismo, se admitió las siguientes declaraciones ofrecidas en los numerales 5 y 6 del acápite "MEDIOS PROBATORIOS" del escrito presentado el 5 de julio de 2012 y en el numeral xiv. del acápite "V. MEDIOS PROBATORIOS" del escrito presentado el 16 de setiembre de 2011.

- Del representante de la Supervisión de Obra, Consorcio AlphaConsult S.A. – CESEL S.A.
- Del Consultor Ingeniero Juan Miguel Peña Ruiz.

II.12 AUDIENCIA DE PRUEBAS

Con fecha 4 de febrero de 2014 se realizó la audiencia de Pruebas, con el objeto de tomar la declaración de los señores Juan Miguel Peña Ruiz y Juan José Velásquez Díaz,

II.13 PERICIAS

Mediante Audiencia de Determinación de las Cuestiones Materia de Pronunciamiento del Tribunal Arbitral, de fecha 13 de agosto de 2012, se admitió como medio probatorio la pericia técnica ofrecida por las partes y, mediante Resolución N° 25, de fecha 15 de enero de 2013, se designó como perito al Ingeniero Guillermo Vega González.

En ese sentido, mediante Resolución N° 22, de fecha 11 de setiembre de 2011, se estableció como objeto de la pericia lo siguiente:

- Determinar la fecha de culminación de la obra "Proyecto Gran Mercado Mayorista de Lima – Primera Etapa",
- Determinar si es que existe un monto que debería ser abonado a favor del Contratista, producto de la obra "Proyecto Gran Mercado Mayorista de Lima – Primera Etapa", y cuánto ascendería dicho monto.

A efectos de la realización de la pericia, se solicitó información adicional a las partes, siendo que mediante escrito presentado el 31 de enero de 2013 la Municipalidad presentó documentación adicional, asimismo, Cosapi mediante escrito presentado el 8 de febrero de 2013 cumplió con presentar la

documentación requería por el perito, los cuales se tuvieron presente mediante Resolución N° 26 de fecha 11 de febrero de 2013.

Del mismo modo, mediante escrito presentado el 19 de marzo de 2013, EMMSA presentó documentación adicional para la pericia, la cual se tuvo presente mediante Resolución N° 28 de fecha 27 de marzo de 2013.

Mediante escrito presentado el 17 de julio de 2013, el perito presentó su dictamen pericial, el cual fue puesto en conocimiento de las partes mediante Resolución N° 37 de fecha 27 de setiembre de 2013.

Con escrito de fecha 15 de octubre de 2013, Cosapi formuló observaciones al Dictamen Pericial, asimismo, EMMSA y la Municipalidad mediante escritos de fecha 18 de octubre de 2013 y 24 de octubre de 2013; respectivamente, presentaron sus observaciones al Dictamen Pericial, las cuales fueron absueltas por el perito mediante escrito presentado el 24 de diciembre de 2013.

Finalmente, con fecha 16 de enero de 2014 con la asistencia de las partes y el perito se realizó la respectiva Audiencia Pericial.

II.14 ALEGATOS, INFORME ORAL, CIERRE DE LA INSTRUCCIÓN Y PLAZO PARA LAUDAR

Mediante los escritos correspondientes, las partes presentaron sus alegatos y conclusiones finales.

El 06 de junio de 2014 se realizó la Audiencia de Informes Orales.

Mediante Resolución N° 61, se declaró el cierre de la instrucción y se estableció el plazo para laudar en treinta días. Posteriormente, mediante Resolución N° 62, se prorrogó el mencionado plazo en quince días.

CONSIDERANDO

I. CUESTIONES PRELIMINARES:

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

1. El Tribunal Arbitral se constituyó de conformidad con lo establecido en el convenio arbitral suscrito entre las partes, así como al amparo de la normatividad vigente.
2. La designación y aceptación del Tribunal Arbitral se ajustó a las exigencias previstas en la ley de la materia.
3. El Demandante presentó su demanda dentro de los plazos dispuestos. Asimismo, la Demandada fue debidamente emplazada con la demanda ejerciendo plenamente su derecho de defensa, al contestar la misma y formular reconvenCIÓN.
4. Cosapi fue debidamente emplazado con la reconvenCIÓN, presentando su absolución a la misma dentro del plazo dispuesto.

5. Ambas partes, así como la Municipalidad Metropolitana de Lima, que fuera incorporada a las actuaciones arbitrales, tuvieron plena libertad para ofrecer y actuar todos los medios probatorios que consideraran pertinentes, así como para expresar sus posiciones de hechos y de defensa sin limitación alguna, habiendo presentado además sus alegatos escritos.

6. En tal sentido, el Tribunal Arbitral dentro del plazo establecido, procede a emitir el correspondiente laudo arbitral dejando establecido que **deja expresa constancia de que, para resolver los puntos controvertidos, está facultado para modificar el orden de ellos, unirlos o tratarlos por separado, de acuerdo a la finalidad que es la de fijar la verdad material y declararla conforme a los hechos producidos.** Finalmente, el Tribunal declara haber revisado todos y cada uno de los medios probatorios presentados por las partes, analizándolos y adjudicándoles el mérito que les corresponde, aun cuando en el Laudo no se haga mención expresa a alguno o algunos de ellos o al valor probatorio asignado.

I. EXCEPCIONES

Mediante escrito de fecha 26 de septiembre de 2011 de EMMSA, y posterior escrito de fecha 15 de marzo de 2012 de la Municipalidad Metropolitana de Lima (en adelante MML), dedujeron Excepción de Incompetencia respecto de las "segundas pretensiones subordinadas a la cuarta, quinta y sexta pretensiones principales". Ambas Entidades sustentaron los mismos argumentos, por lo que corresponde que dichas Excepciones sean resueltas de manera conjunta, con los mismos efectos legales para las partes.

Conforme consta en el Acta de la Audiencia de determinación de cuestiones materia que pronunciamiento del Tribunal Arbitral, el Colegiado estableció que las excepciones planteadas por EMMASA y por la MML, serían resueltas al momento de resolver las cuestiones relativas al fondo de la controversia, razón por la cual, antes de resolver las materias sometidas a su conocimiento, este Tribunal procederá a resolver las excepciones señaladas precedentemente.

EMMSA y la MML señalan que, las segundas pretensiones subordinadas a la cuarta, quinta y sexta pretensiones, no son materia arbitrable bajos los alcances del Convenio Arbitral, señalando además que, dado que el enriquecimiento sin causa se motiva en "desplazamientos patrimoniales" que derivan de la ley o de la voluntad de las partes, al existir un contrato no podemos estar frente a un enriquecimiento sin causa. Asimismo se señala que, conforme a lo establecido por el artículo 1955º del Código Civil, se estaría incumpliendo un requisito de procedencia por la existencia de otras vías a efectos de satisfacer el interés del demandante.

Dado que lo que se formula es una excepción destinada a cuestionar la competencia del Tribunal Arbitral, es preciso que nos remitamos a la normativa aplicable al presente proceso arbitral. Es así que pasaremos a remitir lo señalado por el artículo 41º del Decreto Legislativo N° 1071

- Ley de Arbitraje, en el que se dispone lo siguiente:

"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 no estar pactado el arbitraje para resolver la materia controvertida o cualesquiera otras cuya estimación impida entrar en el fondo de la controversia. Se encuentran comprendidas en este ámbito las excepciones por prescripción, caducidad, cosa juzgada y cualquier otra que tenga por objeto impedir la continuación de las actuaciones arbitrales.

2. El convenio arbitral que forme parte de un contrato se considerará como un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del mismo. La inexistencia, nulidad, anulabilidad, invalidez o ineficacia de un contrato que contenga un convenio arbitral, no implica necesariamente la inexistencia, nulidad, anulabilidad, invalidez o ineficacia de éste. En consecuencia, el tribunal arbitral podrá decidir sobre la controversia sometida a su conocimiento, la que podrá versar, incluso, sobre la inexistencia, nulidad, anulabilidad, invalidez o ineficacia del contrato que contiene un convenio arbitral.

3. Las excepciones u objeciones deberán oponerse a más tardar en el momento de presentar la contestación, sin que el hecho de haber nombrado o participado en el nombramiento de los árbitros impida oponerlas. La excepción u objeción basada en que el tribunal arbitral ha excedido el ámbito de su competencia deberá oponerse tan pronto como sea planteada durante las actuaciones arbitrales, la materia que supuestamente excede su competencia. El tribunal arbitral sólo podrá admitir excepciones u objeciones planteadas con posterioridad si la

demora resulta justificada. El tribunal arbitral podrá considerar, sin embargo, estos temas por iniciativa propia, en cualquier momento.

4. Salvo pacto en contrario, el tribunal arbitral decidirá estas excepciones u objeciones con carácter previo o junto con las demás cuestiones sometidas a su decisión relativa al fondo de la controversia. Si el tribunal arbitral desestima la excepción u objeción, sea como cuestión previa o sea en el laudo por el que se resuelve definitivamente la controversia, su decisión sólo podrá ser impugnada mediante recurso de anulación contra dicho laudo.
5. Si el tribunal arbitral ampara la excepción como cuestión previa, se declarará incompetente y ordenará la terminación de las actuaciones arbitrales. Esta decisión podrá ser impugnada mediante recurso de anulación. Si el tribunal arbitral ampara la excepción como cuestión previa respecto de determinadas materias, las actuaciones arbitrales continuarán respecto de las demás materias y la decisión sólo podrá ser impugnada mediante recurso de anulación luego de emitirse el laudo por el que se resuelve definitivamente la controversia."

Este artículo de la Ley Peruana regula lo que en doctrina se conoce como el principio del Kompetenz – Kompetenz, por el cual le corresponde al propio Tribunal determinar su competencia, que en palabras de Eduardo Silva Romero consiste en:

"busca garantizar que la afirmación que realice alguna de las partes de la inexistencia o nulidad del contrato de arbitraje no conduzca inexorablemente a la parálisis del procedimiento arbitral."¹¹

Por otro lado, el Tribunal Constitucional del Perú ha refrendado la plena vigencia de este principio y en la sentencia N° 617-2005-HC/TC del 28 de febrero de 2006, ha señalado:

"(...) Es por tal motivo que el tribunal considera conveniente reiterar la plena vigencia del principio del "kompetenz-kompetenz" previsto en el art. 39º de la Ley General de Arbitraje – Ley num. 26572- que faculta a los árbitros a decidir acerca de las materias de su competencia, y el art. 44º del referido cuerpo legal, que garantiza la competencia de los árbitros para conocer y resolver, en todo momento, las cuestiones controvertidas que se promuevan durante el proceso arbitral, incluidas las pretensiones vinculadas a la validez y eficacia del convenio. Este Colegiado resalta la suma importancia práctica que reviste dicho principio, a efectos de evitar que una de las partes, que no desea someterse al pacto de arbitraje, mediante un cuestionamiento de las decisiones arbitrales y/o la competencia de los árbitros sobre determinada controversia, pretenda convocar la participación de jueces ordinarios, mediante la interposición de cualquier acción de naturaleza civil y/o penal, y desplazar la disputa al terreno judicial. Lo expuesto no impide que posteriormente se cuestione la actuación arbitral por

¹¹Citado por SOTO COAGUILA, Carlos, en Arbitraje Comercial internacional en el Perú. Marco Legal y Jurisprudencia, obra colectiva: "El arbitraje Comercial Internacional en Iberoamérica. Marco Legal y Jurisprudencia." Editora Legis, Colombia, 2009. Pág. 620

infracción a la tutela procesal efectiva, conforme a las reglas del Código Procesal Constitucional."

Así pues, el Tribunal Arbitral está facultado para determinar cuál es la materia controvertida que ha sido sometida a arbitraje, es decir, para delimitar su propia competencia objetiva y subjetiva.

En tal sentido, está facultado para decidir las excepciones formuladas por EMMSA y la MML contra la competencia del Tribunal Arbitral para resolver las pretensiones formuladas por COSAPI.

Ahora bien, corresponde establecer si las pretensiones como segundas subordinadas a la cuarta, quinta y sexta pretensiones principales, por las que se reclama indemnización por enriquecimiento sin causa, son o no materia arbitrable.

Para dar solución a este aspecto, debemos remitirnos a lo señalado en el Convenio Arbitral, ya que la excepción se fundamenta en que el enriquecimiento sin causa no se encuentra bajo sus alcances y por ende el Tribunal Arbitral resulta incompetente.

Así, la cláusula duodécima de la Adenda Nº 2 del contrato, señala lo siguiente:

"DÉCIMO SEGUNDO: SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

12.1 Las partes contratantes deberán efectuar sus mejores esfuerzos para que cualquier desavenencia que pudiera derivarse de la presente Adenda, incluidas la de nulidad o invalidez, será resuelta en un clima de buena mediante trato directo y amigable entre sus representantes designados para el efecto.

12.2 Los representantes de ambas partes, actuando de conformidad con las pautas señaladas en el párrafo que precede deberán tratar de

resolver las controversias que surjan en un plazo no mayor de siete (7) días, o en un plazo de convenirlo mutuamente.

12.3 De no obtenerse una solución dentro del referido plazo o del mayor plazo que hubieran convenido, las partes contratantes designarán a los representantes del más alto nivel para que traten de resolver la controversia mediante trato directo y amigable, quienes tendrán un plazo adicional de siete (7) días o un plazo mayor de convenirlo mutuamente, para encontrar una solución.

12.4 En caso de no encontrarse una solución luego de producidas las negociaciones detalladas, se someterá la controversia a arbitraje de derecho, dentro de un plazo de quince días hábiles de concluidas las negociaciones, resolviéndose mediante fallo definitivo e inapelable, de conformidad con los reglamentos de conciliación y arbitraje del Centro de Arbitraje Nacional e Internacional de la Cámara de Comercio de Lima, a cuyas normas las partes se someten en forma incondicional. El arbitraje será llevado por un tribunal conformado por tres árbitros. (...)"

De la lectura de la referida cláusula, se desprende que el enriquecimiento sin causa no ha sido excluido del convenio arbitral de manera expresa por las partes, por tanto, descartado el cuestionamiento en este sentido, no cabe bajo este argumento amparar la excepción deducida.

En relación a que el enriquecimiento sin causa, se motiva en desplazamientos patrimoniales, que no tienen causa alguna en la ley o en la voluntad de las partes, por lo que tratándose de una relación contractual el mismo no puede generarse, el Tribunal Arbitral estima que, para efectos de analizar el citado argumento, es necesario

remitirnos a lo que establece el Código Civil en relación a esta materia, a efectos de determinar si dentro del marco de una relación contractual puede establecerse la generación de un enriquecimiento a expensas de la otra parte en la relación obligacional, sin que exista causa que lo justifique.

De tal forma, es preciso establecer que el enriquecimiento no tiene causa directa en las especificaciones establecidas en el contrato, sino que la misma puede tratarse de situaciones vinculadas a él, pero que no encuentren regulación en el mismo, es decir, que sean consecuencia de la existencia de una relación obligacional, pero que la misma no surja de la aplicación de las disposiciones que nos encontraremos frente al surgimiento de una obligación resarcitoria en función a la acción o la omisión de una las partes que en virtud a la existencia de un contrato puede verse beneficiada por una ~~asociación vinculada al contrato~~ que no surge de manera específica de él.

Así pues, el manto de competencia que la cláusula arbitral otorga al no haberse excluido de manera específica esta materia ni estar expresamente prohibida en la Ley, por defecto permite que todas aquellas situaciones vinculadas al contrato puedan ser de competencia del Tribunal Arbitral.

Es así que la misma cláusula de solución de controversias señala que "cualquier desavenencia que pudiera derivarse de la presente adenda", hace que la competencia del Tribunal Arbitral sea la más amplia posible, no excluyendo ninguna materia que se encuentre vinculada al

contrato, lo que involucra a hechos vinculados o relacionados con el contrato pero que no se encuentren específicamente señalados en él. En relación a la subsidiariedad o carácter residual del enriquecimiento sin causa, esta no debe analizarse a la luz de los procesos sino de las pretensiones, por lo que debe analizarse cada una de estas y establecer si ellas tienen carácter residual o no.

En el presente caso, el Contratista ha formulado como segundas pretensiones subordinadas a la cuarta, quinta y sexta pretensiones principales de su ampliación demanda, el enriquecimiento sin causa por un monto equivalente al descuento de gastos generales (cuarta pretensión principal), y que se le abone el monto equivalente al correspondiente a trabajos realizados (quinta y sexta pretensión principal), como monto indemnizatorio.

De esta manera se habrían agotado las acciones, en caso las mismas se declaran infundadas (tanto la cuarta, quinta y sexta pretensiones principales, así como las primeras subordinadas a éstas), por lo que ha surgiría la subsidiariedad o residualidad de la acción por enriquecimiento sin causa, cumpliéndose de esta manera el presupuesto procesal de la acción de enriquecimiento indebido, lo que resulta procedente plantear como pretensión subordinada en un mismo proceso. Es por ello que es criterio de este Tribunal que es competente para conocer de la acción de enriquecimiento sin causa formulada por el demandante la misma que será materia de pronunciamiento cuando se analice el fondo de las cuestiones controvertidas sometidas a su conocimiento.

Debemos reafirmar que las excepciones formuladas por EMMSA y la MML, solo están referidas las segundas pretensiones subordinadas a sus pretensiones principales cuarta, quinta y sexta, por tanto no se cuestiona la competencia del Tribunal en relación al resto de pretensiones.

En virtud de lo expuesto, es criterio de este Tribunal Arbitral, que resulta competente para conocer de las cuestiones controvertidas en el presente proceso, por lo que las excepciones de incompetencia formulada por EMMSA y por la MML, deben ser declaradas infundadas.

II. ANALISIS DE LAS CUESTIONES MATERIA DE PRONUNCIAMIENTO

PRIMER PUNTO MATERIA DE PRONUNCIAMIENTO

“Determinar si corresponde o no declarar que COSAPI cumplió el plazo de ejecución contractual y que la fecha de conclusión de la obra es el 15 de noviembre de 2010.

Como consecuencia de lo anterior, determinar si corresponde o no aplicar alguna multa a COSAPI.”

Que, para efectos de resolver el presente punto controvertido es necesario remitirnos al marco legal que regula el contrato suscrito entre las partes, siendo de aplicación el Reglamento

Único de Licitaciones y Obras Públicas – RULCOP, conforme a lo señalado en la cláusula décimo cuarta².

En tal sentido, para efectos de determinar la conclusión de la obra, resulta aplicable lo señalado en la cláusula novena de la adenda 2 del contrato, referida a la recepción y liquidación de la obra, la misma que señala un procedimiento el cual se ajusta, conforme a lo pactado a lo señalado en los numerales del 5.10.1 al 5.10.13, siendo en consecuencia aplicable para efectos de recepción de la obra, concretamente el numeral 5.10.2, que señala lo siguiente:

“5.10.2 El Contratista solicitará la recepción, consignando en el cuaderno de obra, la fecha en que ha dado término a la obra contratada, incluyendo las obras complementarias y modificaciones del proyecto que se hubieren ordenado.

El inspector dentro del plazo máximo de 8 (ocho) días, comunicará este hecho a la Entidad Contratante, informándose sobre las Observaciones que tuviere respecto a la Recepción de las Obras”

2^o DÉCIMO CUARTA.- ESTIPULACIONES FINALES

(...)

14.2 Las partes expresamente reiteran que la presente adenda, en razón de tratarse de una adición al contrato de obra, se rige en cuanto a su marco normativo legal, por lo dispuesto en el Reglamento Único de Licitaciones y Contratos de Obras Públicas.”

Como anexo 1-I del escrito de demanda, COSAPI adjunta copia del asiento del cuaderno de Obra nº 1103 de fecha 15 de noviembre de 2010, suscrita por el Residente de Obra Ing. Javier Galdos Ballón, mediante el cual comunica la fecha (el mismo día) del término de la obra:

“Mediante el presente Asiento, comunicamos que con fecha 15 de noviembre, hemos cumplido con finalizar la ejecución de los trabajos contractuales y adicionales, aprobados por Entidad, de la Obra (sic): Primera Etapa – Fase 1-A del Proyecto Gran mercado Mayorista de Lima.

En ese sentido y al amparo de la Cláusula 9º de la Adenda nº 2 del Contrato de Obra, y del artículo 5.10.2 del RULCOP, soñicitamos la recepción de obra”

Asimismo obra en autos la carta nº 447-2010/CACC del 16 de noviembre de 2010, de AlphaConsult - Supervisor de la obra suscrita por el Ing. Manuel Andrés Espinoza García – Jefe de Supervisión, por el que comunica a EMMSA lo siguiente:

“En cumplimiento con el Art. 5.10.2 del RULCOP, ponemos en vuestro conocimiento que con asiento nº 1103 de fecha 15-11-2010, el contratista solicita la recepción de la obra del GML. Esta Supervisión procede a informarles sobre las observaciones encontradas respecto a la ejecución de la obra contratada así

como también a los adicionales aprobados por modificaciones de proyecto. Las mencionadas observaciones encontradas en cada frente de trabajo las detallamos a continuación:

(...)"

Mediante Carta N° 622- 2010-GG-EMMSA de fecha 18 de noviembre de 2010, adjunta como Anexo 1-L de la demanda, se comunica que la comisión de recepción de obra se constituirá en obra el día 19 de noviembre de 2010 a partir de las 09.00 horas, a efectos de iniciar el proceso de verificación correspondiente.

Posteriormente mediante carta 1058.2876.09/MRP de fecha 25 de noviembre de 2010, COSAPI solicita se le remitan las observaciones generadas durante el recorrido efectuado a las obras ejecutadas. Es así que EMMSA mediante carta 644-2010-GG-EMMSA de fecha 02 de diciembre de 2010, remite el informe n° 01-2010/MCROGMMML, de la Comisión de Recepción de Obra (en adelante CRO), en la que la concluye que la obra no se encuentra terminada,

Con carta 646-2010-GG-EMMSA de fecha 03 de diciembre de 2010, EMMSA remite copia de un listado "preliminar" de observaciones encontradas por la CRO, durante el proceso de verificación efectuado, posteriormente a ello no existe ninguna

otra carta o informe remitido al Contratista en la que se señalen otras observaciones, tal es así que mediante Carta N° 674-2010-GG-EMMSA de fecha 22 de diciembre de 2010, EMMSA le invoca a COSAPI a terminar la obra a brevedad posible, no adjuntando observación alguna.

Corresponde entonces determinar si la comunicación efectuada por COSAPI mediante el cuaderno de obra en el asiento n° 1103, acredita la culminación de la obra o por el contrario la misma no se podía considerar terminada, en función a las observaciones formuladas por la CRO y la supervisión con fecha 16 de noviembre.

Para efectos del análisis es preciso señalar lo que establece el RULCOP en relación al proceso de recepción de obra, a saber:

El artículo 5.10.7 señala lo siguiente:

"5.10.7 Si la Comisión encuentra que las obras no han sido ejecutadas de conformidad con los planos, especificaciones y anotaciones del cuaderno de obra, o que existen defectos no recepcionará la obra dejando constancia de las observaciones en el acta. El contratista subsanará las observaciones y efectuará las reparaciones y cambios necesarios, en un plazo no mayor de un dozavo (1/12) del plazo total vigente de ejecución de obra.

Al término de dichas subsanaciones, la Comisión formulará el Acta de Recepción.

El plazo a que se refiere el párrafo anterior no conlleva la aplicación de multa ni genera derecho a favor del contratista para el reconocimiento de gastos generales, ni reintegros por reajustes de precios producidos en ese lapso.”

Este Tribunal es del criterio que a tenor del texto de la normativa aplicable, la recepción de una obra es un procedimiento reglado y continuo que, por disposición de la propia norma, concluye ya sea recepcionando la obra o en su defecto suscribiendo un Acta de Observaciones (art. 5.10.7) por lo que dentro del proceso de recepción no se pueden establecer observaciones preliminares, pues esto además de constituir una distorsión respecto a lo establecido en la norma de manera expresa, generaría una incertidumbre en relación al plazo o la fecha máxima para subsanación de las observaciones que pudiera efectuar la CRO, sin embargo, en el presente caso las observaciones “preliminares” no motivaron que después se efectuaran algún tipo de observaciones “finales”. En tal sentido, las observaciones comunicadas mediante carta 646-2010-GG-EMMSA de fecha 03 de diciembre de 2010, son aquellas que fueron materia de subsanación por parte de COSAPI, por cuanto eran éstas las

únicas que podían ser formuladas, siguiendo el procedimiento reglado de acuerdo a la normativa citada.

Con fecha 14 de enero de 2010 COSAPI mediante carta 1120.2876.11/MRP, dirigida a EMMSA cumple con informar que en el plazo establecido en el Reglamento, las observaciones han sido superadas, solicitando que se comunique a la CRO con la finalidad que se apersonen a la obra para la constatación de la superación de las observaciones y se proceda a la recepción de la obra.

Mediante asiento 1130 de fecha 25 de enero de 2011, el supervisor señala que la obra se encuentra "sustancialmente" terminada.

EMMSA mediante carta 052-2011-GG-EMMSA esta le comunica que a partir del 31 de enero de 2011 se dará inicio a la recepción de obras, para la cual se constituirá en obra la CRO.

De lo anotado precedentemente, podemos concluir que el proceso de recepción de obra, se dio en realidad a partir del 19 de noviembre de 2011, fecha en la cual según el artículo 5.10.2 del RULCOP, se formó la CRO, la misma que formuló observaciones las que fueron subsanadas al 14 de enero de 2011 por COSAPI, de tal forma que el supervisor mediante el asiento

1130 del 25 de enero de 2011, señaló que la obra se encontraba “sustancialmente” terminada, figura no admitida en el ordenamiento legal aplicable; sin embargo debemos entender que siendo el supervisor el representante de la entidad en la obra y lo que ha señalado en los diversos escritos presentados por EMMSA a lo largo del presente proceso, ésta ha señalado que las observaciones se subsanaron al 15 de enero de 2011, de tal forma que podemos considerar que el levantamiento de observaciones concluyó en dicha fecha.

Por otro lado debemos considerar que la pericia ordenada por el Tribunal Arbitral señala que las observaciones fueron levantadas el 14 de enero de 2011, fecha anterior al vencimiento del plazo establecido por el artículo 5.10.7 del RULCOP, lo que no ha sido desvirtuado por el informe de observaciones a la pericia efectuada por la Ing. Gladys García Casana en el Informe Especial remitido al Tribunal por EMMSA y la MML.

Por lo antes mencionado es criterio de este Tribunal que la primera pretensión principal de la demanda sea declarada fundada, declarando que la fecha de conclusión de la obra fue el 15 de noviembre de 2011 pues es sólo a partir de ese momento, validado por el inspector, cuyo informe es crucial pues puede negar el hecho específico de la conclusión de la obra, como se produjo en vez anterior en este mismo caso, que la Comisión de

Recepción se apersona a la obra, "La Comisión de Recepción de Obras procederá a recepcionar la **obra terminada...**," sin perjuicio de las observaciones que el mencionado inspector puede tener respecto de la Recepción de la Obra –claramente distinto de la terminación de la misma- y las que la propia Comisión establezca durante dicho proceso de recepción, dentro de las facultades que le confiere el artículo 5.10.5.

En relación a la segunda parte del primer punto controvertido (primera pretensión accesoria a la primera pretensión principal de la demanda), habiéndose declarado que la primera pretensión principal resulta amparable, corresponde analizar si la misma debe ser acogida o no.

Siendo que conforme el Tribunal ha establecido, que la fecha de culminación de la obra fue el 15 de noviembre de 2011, no se configura el hecho generador de sanciones o penalidades a COSAPI, por tanto no le resulta aplicable multa alguna, por lo debe ampararse esta pretensión, declarándola fundada.

SEGUNDO PUNTO MATERIA DE PRONUNCIAMIENTO

Determinar si corresponde o no que se reconozca y pague a favor de COSAPI la suma de S/. 299,339.94 más IGV, los reajustes correspondientes y los intereses que se devenguen hasta la fecha efectiva de pago, por concepto de mayores costos, gastos, daños y

otros incurridos, como consecuencia de la demora en la recepción de la obra por causas ajena a COSAPI.

Tal como quedó establecido al momento de resolver la primera pretensión principal, la fecha de conclusión de la obra fue el día 15 de noviembre de 2010, y el plazo de conclusión de levantamiento de las observaciones, el día 14 de enero de 2011, habiéndose levantado el Acta de Recepción de Obra el 11 de marzo de 2011, lapso por el cual la demandante reclama el reconocimiento de mayores gastos generales, fundamentando que tuvo que permanecer en obra durante dicho período.

En su escrito de demanda, COSAPI señala que la pericia que se ordene determinará el reconocimiento de dichos gastos.

Mediante escrito N° 18 COSAPI presenta un cuestionario a efectos que el perito se pronuncie sobre cada una de las preguntas formuladas, las mismas que fueron absueltas en su integridad por la pericia. En resumen, la cuantificación de esta pretensión fue sometida a la pericia de oficio.

Para efectos de establecer si corresponde el reconocimiento de gastos generales por este concepto, debemos remitirnos a lo establecido por el RULCOP en su numeral 5.10.12, el mismo que señala lo siguiente:

"5.10.12. Si por causas ajena al Contratista, la recepción de obras se retardara el lapso de demora se adicionara al plazo de ejecución de las

obras y reconocerán al Contratista los Gastos Generales debidamente comprobados en que hubiere incurrido por dicha demas.”

Cuando la norma citada hace referencia a los Gastos Generales, no lo hace en relación a los Gastos Generales que se producen por efectos de una ampliación de plazo, sino a los costos en que se incurran durante el período establecido entre la fecha de culminación del proceso de levantamiento de observaciones y la suscripción conjunta del Acta de recepción de obra, razón por la cual los mismos deben ser debidamente comprobados.

Se requieren dos requisitos para que opere el reconocimiento de los Gastos Generales bajo el ámbito de esta norma:

- a) Que, el proceso de recepción de la obra se retarde por causa no imputable al Contratista; y,
- b) Que, los Gastos Generales sean debidamente comprobados.

En el caso de la condición a), el lapso debe contabilizarse del 14 de enero de 2011 al 11 de marzo de 2011. En el caso de la condición b), esto es, si los Gastos Generales han sido debidamente comprobados, debiendo remitirnos en tal sentido a las pruebas aportadas por la parte en relación a esta pretensión.

Conforme a lo señalado por COSAPI en su escrito de demanda a fojas 24, el Contratista señala:

“En ese sentido, mediante carta 1178.2876.11/MRP de fecha 25 de marzo de 2011 (que consta como anexo 1-R) el Contratista presenta su reclamo formal ante EMMSA con el sustento correspondiente, el mismo que asciende a S/ 353,221.13

(Trescientos cincuenta y tres mil doscientos veinte y uno 13/100 Nuevos Soles) monto que será verificado por la pericia correspondiente.” (El subrayado es nuestro)

De tal forma que, para efectos de acreditar su pretensión, COSAPI ofrece como medios probatorios los siguientes:

- a) La carta 1178.2876.11/MRP de fecha 25 de marzo de 2011 y sus anexos, que corre como anexo 1-AR del escrito de demanda; y,
- b) La pericia.³

La procedencia del monto solicitado está en función de los medios probatorios ofrecidos y actuados en este proceso.

En relación a la pericia, en la página 14 del dictamen pericial presentado por el Ing. Guillermo Martín Vega González, se señala como respuesta a la segunda pregunta, lo siguiente:

“Dado que el proceso de recepción de obras es parte del alcance del contrato, el costo de permanencia de COSAPI durante el período de levantamiento de observaciones NO representa mayores costos y/o gastos.

Seguidamente al contestar la pregunta 3, el perito señala:

“En virtud a la respuesta del ítem 2 anterior. No se reconoce ningún monto por este concepto.”

³ En la página 26 del escrito demanda se ofrece la pericia independiente a ser realizada por un perito designado por el Tribunal Arbitral, señalado que la misma, en relación a esta pretensión, tendrá la finalidad de “corroborar el monto que es objeto del reclamo respecto a la Segunda Pretensión”.

En relación a la pregunta 4, contesta:

"En virtud a lo indicado en los ítems 2 y 3 anteriores, el monto final a ser considerado por este concepto es de S/. 0.00."

Mediante escrito de fecha 23 de octubre de 2013 de MML y el escrito de fecha 17 de octubre d 2013 de EMMSA, se alcanza el informe especial elaborado por la Ing. Gladys García Casana (ambos escritos adjuntan el mismo informe), en cuya página 15 señala como comentario al dictamen pericial lo siguiente:

"COMENTARIO.- El perito no responde, a las preguntas de COSAPI, sobre cuál sería la forma y metodología a aplicar para calcular los posibles reajustes."

Finalmente, en su escrito de fecha 23 de diciembre de 2013, al absolver las observaciones a su dictamen formuladas por COSAPI, el perito señala que el monto demandado por COSAPI no corresponde al período de levantamiento de observaciones y la fecha en que se suscribió el Acta de Recepción. Asimismo, indica que si el Tribunal encuentra procedente el reclamo formulado por COSAPI por la demora en el proceso de recepción de obras, el monto asciende a S/. 299,339.94 más el IGV.

De lo antes expuesto, corresponde que el Tribunal evalúe los medios probatorios señalados, ofrecidos a efectos de determinar la procedencia o no del reclamo formulado.

De lo anteriormente señalado, es criterio del Tribunal Arbitral que los costos incurridos durante el proceso comprendido entre la conclusión del proceso de levantamiento de observaciones y la finalización del proceso de recepción de obras, genera la obligación del pago de los gastos generales a favor del Contratista, siempre y cuando dicha demora no le hubiere sido imputable, de la misma manera procede si los mismos son debidamente comprobados.

En este extremo tenemos que mencionar que esta comprobación no se encuentra en función estrictamente a la existencia de comprobantes de pago emitidos conforme a las normas tributarias, o la existencia de otra documentación fehaciente, sin embargo, si deben ajustarse a un análisis de razonabilidad que permita establecer que resultan siendo vinculados a la actividad que se despliega durante dicho lapso, es decir, si los costos que se reclaman efectivamente se encuentran vinculados al hecho generador de la demora en la recepción de la obra. Es así que, lo mencionado en el listado anexado a la carta 1178.2876.11/MRP de fecha 25 de marzo de 2011 mediante la cual se formula el reclamo, son razonables a criterio de este colegiado.

Sin embargo, debemos anotar que no se ha presentado ningún tipo de medio probatorio o sucedáneo a él, que permita siquiera establecer que alguno de ellos se han efectuado, es decir, ningún otro documento que permita llegar a un análisis de razonabilidad pleno a efectos de comprobar que se incurrió en los costos que se reclaman, no pudiendo

reducirse la actividad probatoria solo a un análisis de razonabilidad conceptual.

Por lo mencionado, es criterio del Tribunal Arbitral que la segunda pretensión principal de la demanda sea desestimada, declarándola infundada.

TERCER PUNTO MATERIA DE PRONUNCIAMIENTO

Determinar si corresponde o no declarar que EMMSA reconozca y pague a favor de COSAPI la suma de S/. 201,186,88, más el IGV, los reajustes correspondientes y los intereses que se devenguen hasta la fecha efectiva de pago, por concepto de gastos generales que se habrían descontado indebidamente.

Mediante escrito presentado por COSAPI con fecha 15 de julio de 2011, se modificó la demanda quedando la cuarta pretensión principal, como el tercer punto materia de pronunciamiento.

La pretensión consiste en determinar si efectivamente los descuentos realizados por EMMSA por los deductivos aprobados, son aplicables en función a lo pactado en el contrato (adenda N° 2 - cláusula 1.32) y en base a lo establecido en el RULCOP.

El numeral 1.32 de la Adenda 2 en la parte pertinente señala lo siguiente:

“1.32 (Que, tratándose de una actualización del Expediente Técnico de la Obra Principal, la actualización del presupuesto efectuado por el consultor a las condiciones de mercado vigentes a Enero de 2009 propuesta por EMMSA y aceptada por EL CONTRATISTA en concordancia con la Opinión Nº 126-2004 (GTN) del CONSUCODE, ha consistido en actualizar a dicha fecha, los costos directos unitarios del conjunto de partidas a ser ejecutadas, adicionándose al final, el Gasto General y la Utilidad sobre el total del Costo Directo, cuyos porcentajes son exactamente los mismos del Expediente Técnico y contrato original, es decir 8,8% y 10% respectivamente. Al total parcial anteriormente obtenido, se le aplica luego el mismo factor de relación vigente durante la ejecución contractual original, el cual es de 1,0824552657, sobre cuyo total se adiciona el respectivo Impuesto General a las Ventas, para obtener al final el monto total del contrato. ~~Este factor de relación no se aplica al presupuesto del expediente Técnico de la Demolición de Construcciones Illegales y Otras Construidas y Desmonte Existente”~~

Se puede apreciar que las partes acordaron la actualización del costo directo de la obra, a lo que debía añadirse los gastos generales (gastos generales variables), cuyo porcentaje es el mismo que el establecido en el contrato general, esto es, el equivalente a un 8,8%.

EMMSA señala que los deductivos corresponden al establecimiento del nuevo costo directo de la obra, por lo cual el gasto general debe ser establecido en función al porcentaje pactado, por lo que al momento de aprobarse los deductivos debe reducirse en ese porcentaje el gasto

general por cada deductivo aprobado, es que ha procedido a deducir el gasto general en cada uno de los deductivos aprobados.

En el dictamen del perito, este concluye que la reducción efectuada por EMMSA ha sido unilateral e indebida, ya que el costo general por cada deductivo no puede aplicarse, pues el gasto general ha sido acordado por las partes para el plazo total del contrato (página 22 del informe pericial).

Como ha quedado fijado al momento de resolver el primer punto materia de pronunciamiento, el Tribunal ha establecido que la culminación de la obra se realizó el 15 de noviembre de 2010, esto es dentro del plazo contractual, incluyendo las ampliaciones de plazo aprobadas, por lo que la existencia de los presupuestos deductivos no afectó el calendario de obra. En tal sentido, los plazos de ejecución por la aprobación de estos, no han significado una variación del plazo contractual. En ese sentido, por tanto, si los tantas veces mencionados gastos generales están en función al plazo de obra, la disminución de obra que no implique reducción de plazo no puede ser, por lógica técnica y legal, reducción del monto de aquellos.

Debe tenerse presente además, que en las diversas resoluciones adjuntas por el demandante no se hace mención alguna a las deducciones del gasto general.

Por lo antes señalado, es criterio de este Tribunal Arbitral que las deducciones efectuadas por EMMSA carecen de sustento.

En relación al monto demandado, este ha sido confirmado por el dictamen pericial y, conforme se puede apreciar en el Anexo 5 del mismo, los cálculos efectuados por EMMSA se han basado en la aplicación del 8.8% sobre cada uno de los presupuestos deductivos basados en el costo directo de la obra, los que sumados arrojan la suma demandada, la misma que debe ser reconocida a favor de la demandante, más el Impuesto General a las Ventas.

Asimismo, se ha demandado que se le abonen los reajustes correspondientes y los intereses que se devenguen hasta la fecha del pago.

Conforme al dictamen pericial, corresponde un reajuste de S/. 4,426.11, el mismo que ha sido calculado conforme a lo señalado en el anexo 5; sin embargo, es preciso señalar que lo correcto es haber realizado un reajuste referido a la oportunidad en que de produjo cada presupuesto deductivo y no el acumulado, por lo que se estaría distorsionando la aplicación del reajuste. En tal sentido, la metodología empleada por el perito para efectos de determinar el reajuste, no causa convicción en este colegiado y por tanto no debe ser reconocido.

En cuanto a la aplicación de intereses no habiéndose pactado intereses en el contrato ni en la adenda, corresponde aplicar el artículo 1245º del Código Civil y por tanto, se deberán aplicar los intereses legales correspondientes calculados desde la fecha de interposición de la demanda y hasta la fecha de pago.

Por los fundamentos expuestos, este colegiado es de la opinión de declarar fundado en parte el tercer punto controvertido de la demanda, en atención a los criterios señalados.

En relación a lo señalado en el segundo párrafo del presente punto controvertido, que representa la primera pretensión subordinada a la cuarta pretensión principal de la demanda, habiéndonos pronunciado sobre la procedencia en parte de dicha pretensión, no corresponde emitir pronunciamiento en relación a esta pretensión. De la misma manera en el caso de la segunda pretensión subordinada a la cuarta pretensión principal.

CUARTO PUNTO MATERIA DE PRONUNCIAMIENTO

Determinar si corresponde o no declarar que EMMSA reconozca y pague favor de COSAPI la suma de S/. 479,815.71, más el IGV, los reajustes correspondientes y los intereses que se devenguen hasta la fecha efectiva del pago, por concepto del pago completo de la contraprestación correspondiente a trabajos efectivamente ejecutados a su favor.

En caso se desestime lo anterior, determinar si corresponde o no que EMMSA reconozca y pague a COSAPI por concepto de indemnización la suma de S/. 479, 815.71, más IGV, los reajustes correspondientes y los intereses que se devenguen hasta la fecha efectiva del pago, por los

daños generados a este último por los incumplimientos contractuales y/o abuso del derecho de EMMSA.

En caso se desestime lo anterior, determinar si corresponde o no que EMMSA reconozca y pague a COSAPI por concepto de indemnización la suma de S/. 479, 815.71, más IGV, los reajustes correspondientes y los intereses que se devenguen hasta la fecha efectiva del pago, por enriquecimiento sin causa de EMMSA.

Mediante escrito presentado por COSAPI con fecha 15 de julio de 2011, se modificó la demanda habiendo quedado la quinta pretensión principal como el cuarto punto controvertido.

La pretensión consiste en determinar si los trabajos realizados correspondientes a la arripiación de plazos n° 2 y n° 3, así como lo correspondiente a las ampliaciones n° 5, 11A, 14, 15, 21 y 25A, estas últimas referidas a las diferencias no conciliadas entre los presupuestos adicionales aprobados por EMMSA y la establecida por COSAPI, deben ser amparados, reconociendo el valor de los mismos, así como los reajustes aplicables y los intereses hasta la fecha efectiva del pago.

Conforme a lo señalado por EMMSA y la MML, los trabajos correspondientes a los adicionales han sido ejecutados, argumentando que en el caso de los adicionales n° 2 y n° 3, no han sido aprobados por la entidad y que en todo caso han sido ejecutados por cuenta y costo de COSAPI.

Los adicionales n° 2 y n° 3º fueron solicitados mediante carta N° 0336.2876.09/MRP por el monto ascendente a S/. 30,014.20 y carta N° 0362.2876.09/MRP por el monto ascendente a S/. 27,900.29 respectivamente, los mismos que no fueron aprobados antes de su ejecución.

Sin embargo, queda claro que las obras correspondientes a dichos adicionales han sido ejecutadas por COSAPI.

Ahora bien, en su escrito de ampliación de demanda COSAPI señala que el medio probatorio consistente en la pericia deberá determinar el monto de los adicionales reclamados. El perito designado señala que en relación a estos adicionales, ha considerado su procedencia, siendo estos los dos únicos adicionales reconocidos como válidos.

En relación a los adicionales 5, 11 B, 14, 21 y 25A, el peritaje no los considera como procedentes en función a que estos provienen de diferencias no conciliadas. De igual manera, desestima el adicional N° 15 dado que los mismos forman parte del alcance contractual, consistente en la reparación de fisuras en la cisterna de agua.

De lo expuesto, se colige que corresponde amparar únicamente lo relacionado con los adicionales N° 2 y N° 3 pues, en cuanto a su valoración COSAPI, se sometió a lo que se determine en la pericia técnica, cuyo monto asciende a la suma de S/. 57,914.49.

Por lo tanto, es criterio de este Tribunal que se declare parcialmente fundada esta pretensión, con los alcances señalados precedentemente.

En relación a la primera y segunda pretensiones subordinadas a la quinta pretensión principal, dado que se ha establecido que la quinta pretensión principal sea fundada en parte, no corresponde emitir pronunciamiento sobre dichas pretensiones.

El monto establecido por la pericia por los reajustes es de S/. 36.36, monto obtenido de aplicar los factores correspondientes, lo que el Tribunal determina debe ser amparado.

No habiéndose pactado una tasa de interés específica en el contrato, la tasa debe ser la del interés legal los cuales se calcularán a partir de la fecha de interposición de la demanda y hasta que se efectúe el pago efectivo.

QUINTO PUNTO MATERIA DE PRONUNCIAMIENTO

Determinar si corresponde o no declarar que EMMSA reconozca y pague a COSAPI la suma de S/. 1'166,259.30, más el IGV, los reajustes correspondientes y los intereses que se devenguen hasta la fecha efectiva del pago, por concepto de trabajos efectivamente ejecutados pero cuya contraprestación no se habría pagado.

En caso se desestime lo anterior, determinar si corresponde o no que EMMSA reconozca y pague a favor de COSAPI por concepto de indemnización la suma S/. 1'166,259.30, más el IGV, los reajustes correspondientes y los intereses que se devenguen hasta la fecha efectiva de pago, por los daños generados por los incumplimientos contractuales y/o abuso de derecho de EMMSA.

En caso se desestime lo anterior, determinar si corresponde o no que EMMSA reconozca y pague a COSAPI por concepto de indemnización la suma de 1'166,259.30, más el IGV, los reajustes correspondientes y los intereses que se devenguen hasta la fecha efectiva de pago, por el enriquecimiento sin causa de EMMSA.

Mediante escrito presentado por COSAPI con fecha 15 de julio de 2011, se modificó la demanda quedando la sexta pretensión principal como el quinto punto controvertido.

Conforme a lo señalado en el texto del escrito de acumulación de demanda donde se sustenta esta pretensión, se señala que se realizaron una serie de trabajos adicionales, los que no han sido reconocidos por EMMSA, y que consistían en el adicional 14B, generados como consecuencia de las ampliaciones de plazo 4 y 5, así como en el adicional N° 26, referido al cambio de barandas y el adicional N° 29, referido a la obras de demolición, relleno compactado de terreno.

Tanto EMMSA como COSAPI coinciden en que se han ejecutado los trabajos señalados. Asimismo lo hace la MML, sin embargo la discrepancia surge en el sentido de que si los mismos constituyen o no adicionales.

Tanto en el escrito N° 18 de COSAPI y N° 6 de EMMSA, como en el N° 6 de la MML, se formulan preguntas al perito en relación a los referidos adicionales.

Conforme lo argumentado por las partes y de acuerdo a lo establecido en la pericia, se puede concluir que en relación al adicional 14 o 14B, se trata de precios no conciliados entre los que señala EMMSA y los que señala COSAPI, correspondiente a obras provisionales. En relación al adicional N° 26, se puede concluir que COSAPI no tramitó un adicional en relación al cambio de barandas, sin embargo este se efectuó por indicación expresa de EMMSA, conforme se desprende de las cartas 619-GG-EMMSA-2009 y 073-GPO-EMMSA-2010, así como de los asientos 452 y 715 del cuaderno de obra. En relación al adicional N° 29 los trabajos efectuados representaban obras complementarias a los trabajos de demolición y de relleno compactado.

La pericia concluye otorgando a COSAPI el monto reclamado por el adicional N° 26 relativo al cambio de barandas, por la suma de S/. 166,024.86.

Es criterio de este Tribunal reconocer esta pretensión sólo en la parte correspondiente al adicional N° 26 por el monto de S/. 166,024.86 y

desestimar la misma en relación al adicional N° 14 o 14B y al adicional N° 29.

Respecto a primera pretensión subordinada a la sexta pretensión principal, habiendo establecido el Tribunal Arbitral que no procede amparar la primera pretensión principal formulada por COSAPI respecto de los adicionales 14 o 14B y n° 29, corresponde que se analice la segunda pretensión subordinada a la sexta pretensión principal.

Primera pretensión subordinada a la sexta pretensión principal:

Que EMMSA reconozca y pague al Contratista por concepto de indemnización la suma de S/: 1'166,259.30 (Un millón ciento sesenta y seis mil doscientos cincuenta y nueve y 30/100 Nuevos Soles) más el IGV, los reajustes y los intereses que se devenguen hasta la fecha efectiva del pago, por los daños generados a este último por los incumplimientos contractuales y/o abuso del derecho de EMMSA con relación a los hechos vinculados a la Sexta Pretensión Principal.

A efectos de determinar si la pretensión indemnizatoria formulada por la demandante puede ser amparada, es preciso que se delimiten los argumentos de su defensa.

Así pues, el Contratista señala que la Entidad ha incurrido en responsabilidad por haber incumplido sus obligaciones contractuales, por las omisiones incurridas por EMMSA al no tramitar los presupuestos

adicionales, incumpliendo su deber de dirección y control de la obra, ocasionándoles con ello un daño, consistente en el valor monetario del desmedro patrimonial que le ha producido el incumplimiento, habiéndose configurado el abuso del derecho al percibir las obras adicionales señaladas en el adicional 14B y los señalados en el adicional N° 29 y que en consecuencia se genera la obligación por parte de la EMMSA de indemnizar COSAPI.

Por su parte EMMSA se remite a los mismos argumentos señalados en relación a la sexta pretensión principal, de igual forma lo hace la MML.

El nexo causal existente entre la conducta omisiva o negligencia de la Entidad y el daño producido, según el Contratista, está configurado por el haber omitido su deber de dirección y control, al no haber tramitado los adicionales a pesar de las advertencias del contratista, pues los adicionales eran necesarios para lograr los objetivos de la obra, lo que constituye además el factor atributivo de responsabilidad, siendo que esto además representa el nexo causal del daño producido.

También fundamenta su pretensión en el supuesto abuso del Derecho conforme lo hemos señalado precedentemente.

Entrando al análisis de las posturas planteadas por las partes, es preciso, a criterio de este Tribunal, delimitar los alcances del derecho indemnizatorio. Para tal efecto, en concordancia con los argumentos de la pretensión indemnizatoria, se analizará si es que existe un factor atributivo de responsabilidad hacia la Entidad, así como si corresponde

que se invierta la carga de la prueba en el caso de culpa leve del deudor.

Conforme a lo señalado precedentemente, el Contratista sostiene que la Entidad ha incumplido la obligación de dirigir y controlar la obra, no aprobando los adicionales que eran necesarios para logra el objeto de la obra, a pesar de tener conocimiento de la necesidad de estos.

Al respecto, es preciso establecer que lo señalado por el artículo 1320º del Código Civil, en lo referido a la existencia de culpa leve por la falta del deber de actuar con diligencia ordinaria exigidas por la naturaleza de la obligación, puede resultar atribuible a EMMSA, en tanto no aprobó los adicionales señalados, y que en consecuencia, se active el mecanismo atributivo de responsabilidad establecido por la presunción a que hace referencia el artículo 1329º del Código Civil. Ni es menos cierto que la misma, aun cuando se trata de una presunción legal, admite prueba en contrario, es decir, que el deudor de la obligación debe establecer mediante algún medio de prueba que si actuó con la diligencia que la obligación exigía, en el presente caso, aun cuando COSAPI efectuó una serie consultas y pedidos, ejecutó las obras adicionales sin que se hayan aprobado las mismas por parte de EMMSA, ello no encuentra directa relación entre la conducta omisiva EMMSA y la ejecución de dichas obras, por lo que no puede establecerse el factor atributivo de responsabilidad, tampoco sucede ello en el supuesto de la falta en el deber de dirección y control por parte de la EMMSA.

Respecto la existencia de daño, es preciso que se establezca los alcances de tal supuesto. En efecto, si bien la culpa leve invierte la carga de la prueba, es decir la "no culpa" debe acreditarse, en el caso del daño tal presunción no se encuentra establecida, esto es, que la existencia del daño no se supone sino que siempre se acredita⁴, correspondiendo ello al perjudicado, es decir, la carga de la prueba permanece en quien alega haber sufrido el daño.

Si bien la teoría del daño en los últimos años ha sufrido una transmutación, se han dejado atrás conceptos subjetivos, en el sentido que "no hay responsabilidad sin culpa", para pasar a conceptos más amplios como los de "no hay responsabilidad sin daño". La carga de la prueba siempre estará a cargo de quien manifiesta haberlo sufrido.

En la actualidad, existen criterios de responsabilidad objetiva, es decir, que la existencia de la conducta culposa o dolosa resulta absolutamente independiente. Lo que importa es que exista el daño y que este sea atribuible a un sujeto, ya sea por su acción u omisión, esto es, que el daño sea cierto. Así pues, para que el daño deba ser resarcido, debe haberse configurado, lo que se encuentra directamente vinculado a la apreciación que debe hacerse de la posición de la víctima, es decir, valorar si esta hubiere estado mejor de no haberse producido el evento dañoso, lo que le da certeza al daño.

⁴"Código Civil. Artículo 1331º.- *La prueba de los daños y perjuicios y de cuantía también corresponde al perjudicado por la in ejecución de la obligación, o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso.*"

Asimismo, debe tenerse en cuenta que el daño debe ser injusto, entendido ello en la medida que cualquier daño que sufra la víctima, ya sea por la conducta lícita o ilícita del agente, lo que eventualmente no tiene relevancia, se reciba sin la reparación correspondiente.

Respecto a la cuantía de la reparación del daño, debe tenerse presente lo señalado por el artículo 1331º del Código Civil, que impone al perjudicado probar la cuantía de la indemnización, para cuyo efecto primero es preciso establecer si es que se ha producido dicho daño, para luego analizar el monto indemnizatorio o, eventualmente, aplicar la regla del artículo 1332º del Código Civil.

En el presente caso, aun cuando pueda establecerse la conducta omisiva del agente, es decir el incumplimiento de su obligación, y aun cuando se haya invertido la carga de la prueba en el caso de un supuesto de presunción de culpa leve, ello no exime al Contratista de probar la existencia del daño, conforme a lo señalado por el artículo 1331º del Código Civil.

En consecuencia, para que un daño sea materia de reparación, debe ser injusto y cierto⁵, para que sea reparado o indemnizado, debe probarse el daño.

En tal sentido, el Tribunal Arbitral establece que en el presente proceso no existe ningún medio probatorio presentado por la demandante que

⁵ SEMINARIO STUIPA. Eduardo. Algunas Consideraciones acerca del daño generador de responsabilidad civil. Temas de Derecho II Homenaje a José León Barandiarán. Fondo Editorial del Congreso de la República. Lima julio 2000. Pág. 772.

pruebe la existencia del daño, por lo que huelga eventualmente que se pruebe la cuantía del mismo, en consecuencia la presente pretensión debe ser declarada infundada.

a. Respecto de la existencia de los trabajos efectivamente ejecutados

Previo al análisis de los fundamentos de la pretensión de enriquecimiento indebido peticionada por la demandante, es preciso establecer si es que existe el fundamento fáctico dicho supuesto enriquecimiento. En el presente caso se debe verificar si las obras adicionales existen o no, y luego de ello establecer si se dan los presupuestos a efectos de determinar la indemnización o reparación solicitada por esta vía.

En su escrito de demanda, el Contratista ofreció como prueba la pericia con la finalidad de corroborar los montos del objeto de sus pretensiones, incluyendo la sexta pretensión principal, lo que ha criterio del Tribunal involucra a las pretensiones subordinadas a la misma.

En conclusión, la obra existe, hecho en el cual ambas partes coinciden, y además ha sido corroborada por el informe pericial, por tanto, la existencia de obras es indiscutible.

b. Sobre el enriquecimiento sin causa

En tal sentido, procede determinar si los adicionales existentes deben ser pagados por EMMSA bajo el principio del Enriquecimiento sin Causa, para cuyos efectos es preciso delimitar sus alcances.

Independientemente de la posición de algún sector de la doctrina de la ubicación en el Código Civil de este principio en nuestro ordenamiento civil, lo cierto es que el mismo se constituye en una fuente de obligaciones transversal a todo el derecho, que contiene un componente ético supremo, así nadie puede enriquecerse a expensas del otro sin que exista una causa que lo justifique, si ello sucediera el derecho le debe poner remedio. En tal sentido, el artículo 1254º del Código Civil señala que, quien se "enriquece indebidamente a expensas de otro está obligado a indemnizarlo".

Por otro lado, el artículo 1255º del mismo cuerpo legal señala que "no es procedente (la acción por enriquecimiento indebido) cuando la persona que ha sufrido el perjuicio puede ejercitar otra acción para obtener la respectiva indemnización", esto delimita u carácter residual.

Diversa jurisprudencia de la Corte Suprema Nacional ha corroborado la residualidad o subsidiariedad de esta acción, pues cualquier intento donde exista una vía idónea para reclamar un derecho, anula *per se* la posibilidad de buscar un resarcimiento a través del enriquecimiento indebido. Así tenemos la Casación N° 3710-2001⁶ emitida por la Sala Civil de la Corte Suprema de la República.

⁶Citada por Héctor Martínez Flores. *"Que, si los recurrentes consideraban que el valor del terreno objeto de la venta no era el que correspondía al momento de la compra venta estuvieron facultados para interponer la*

En el presente caso, el Contratista ha formulado como pretensiones de su demanda, que se le abone el monto correspondiente al adicional N° 14, 26 y 29, conforme a lo expresado en la sexta pretensión principal, y de manera subordinada que se le abone un monto indemnizatorio equivalente a la valorización de los mismos adicionales, habiendo de esta manera agotado las acciones que en este tipo de contratos establece la ley, las mismas que han sido desechadas por este Tribunal, por lo que ha surgido la subsidiariedad o residualidad presupuestal procesal de la acción de enriquecimiento indebido, la misma que resulta procedente plantear como pretensión subordinada en un mismo proceso. Por ello, es criterio del Tribunal Arbitral que la acción de enriquecimiento sin causa procede, además de los argumentos ya esgrimidos señalados al resolver la excepción planteadas.

c. Del monto reclamado

Conforme he señalado anteriormente, el peritaje ordenado no se ha pronunciado sobre los montos de los adicionales N° 14B y 29, a efectos de establecer el valor de los adicionales referidos, debemos someternos a lo actuado en el presente proceso, al ejercicio del derecho de contradicción efectuado por las entidades demandadas. Cabe mencionar que la suma peticionada como enriquecimiento sin causa,

acción rescisoria por lesión de acuerdo a lo establecido por el artículo 147º del Código Civil".
www.drechocambiosocial.com/revista01/enriquecimiento%injustificado.htm

procede de la existencia de trabajos efectuados, no habiendo sido su monto materia de cuestionamiento por parte de EMMSA y la MML de Lima, así pues teniendo en cuenta el carácter resarcitorio del enriquecimiento sin causa la víctima debe ser reparada en relación directa a su empobrecimiento, en el presente caso representado por el monto señalado como el costo de la obra, por lo que procede amparar la pretensión formulada por el enriquecimiento sin causa de la demandante.

Por lo antes expuesto es criterio de este Tribunal que se declare fundada la presente pretensión.

SEXTO PUNTO MATERIA DE PRONUNCIAMIENTO

Determinar si corresponde o no declarar que EMMSA reconozca y pague a favor de COSAPI la suma de S/. 3'166,164.91, más el IGV, los reajustes correspondientes y los intereses que se devenguen hasta la fecha efectiva de pago, por concepto de gastos generales que se habrían descontado indebidamente.

Mediante escrito presentado por COSAPI con fecha 15 de julio de 2011, se modificó la demanda habiendo quedado la séptima pretensión principal como el sexto controvertido.

Mediante Resolución 005-2010-GG-EMMSA se aprobó la ampliación de plazo N° 2, por 180 días calendario, la que fue aprobada sin gastos generales.

La pericia ha señalado al respecto que corresponde reconocer el monto demandado por los gastos generales variables, por la ampliación de plazo n° 2, habiendo además señalado que el monto del reajuste corresponde a la suma de S/. 51,479.13.

EMMSA observó la pericia mediante el informe especial presentado por la Ingeniero Gladys García Casana, quien señala que los gastos generales deben calcularse en función a la fórmula establecida en el Decreto Ley 26146 aplicable en razón a que este se encontraba vigente

El numeral 1.3.2 de la segunda adenda del contrato, al momento de regular los gastos generales variables, los refirió a una tasa porcentual del 8.8% (el mismo porcentaje que se utilizó en el contrato original) en relación al costo directo de la obra. En función a ello es que practicó la deducción de los gastos generales a los presupuestos deductivos, como lo hemos visto al analizar el segundo punto controvertido, por lo que resulta incoherente la posición de EMMSA en señalar que se debe aplicar una fórmula para el cálculo de los gastos generales en el caso de ampliaciones de plazo y aplicar el porcentaje en el caso de los presupuestos deductivos.

En el anexo 12 de la pericia, se aprecia el cuadro de los gastos generales no reconocidos por la ampliación de plazo N° 2, la misma que asciende a la suma de S/. 3'166,164.91, a lo que deberá añadírselle el IGV, así como los reajustes correspondientes.

En el anexo 13 del informe pericial, consta el cálculo de los reajustes, los que han sido calculados conforme a los factores aplicables por cada mes desde que se originó la ampliación de plazo, lo que asciende a la suma de S/. 59,471.13, los mismos que, conforme ha sido demandado, deben ser reconocidos.

Por lo expuesto, es criterio de este Tribunal amparar la séptima pretensión principal de la demanda.

SÉPTIMO PUNTO MATERIA DE PRONUNCIAMIENTO

Determinar si corresponde o no declarar que EMMSA reconozca y pague a favor de COSAPI la suma de S/. 46,839.86 más el IGV, los reajustes correspondientes y los intereses hasta la fecha efectiva de pago, por concepto de intereses por la demora en el pago de una serie de valorizaciones.

Mediante escrito presentado por COSAPI con fecha 15 de julio de 2011, se modificó la demanda habiendo quedado la octava pretensión principal como el séptimo controvertido.

En relación a esta pretensión, las partes se encuentran de acuerdo con la procedencia del cálculo del pago de los intereses legales correspondientes a las valorizaciones no pagadas, difiriendo únicamente en cuanto al monto de los mismos, sin embargo, no anexa como medio probatorio el cálculo de los intereses efectuado a su

solicitud por el Supervisor, conforme lo menciona en la página 21 de su escrito de contestación de demanda acumulada, ni tampoco lo hizo la MML, quien que ha señalado los mismos argumentos de EMMSA al contestar la demanda acumulada.

En el anexo 14 del informe pericial se encuentra el cálculo de intereses por las valorizaciones no pagadas por la Entidad, a lo que se le han aplicado la tasa de Interés Legal Efectiva, resultando de la sumatoria del interés calculado por las distintas valorizaciones, la suma demandada. En tal sentido, es criterio de este Tribunal declarar fundada la octava pretensión principal de la demanda.

OCTAVO PUNTO MATERIA DE PRONUNCIAMIENTO

Determinar si corresponde o no declarar liquidado el contrato de obra n° 003-88-EMMSA, respecto a la Primera Etapa 1-A, en el sentido de lo que el Tribunal Arbitral establezca, respetando los aspectos de la liquidación en relación a los cuales las partes no mantienen controversia.

Ha sido materia de conocimiento de este Tribunal Arbitral, aquellos aspectos de la liquidación de contrato en los que las partes se encuentran en desacuerdo, en tal sentido, una de las pretensiones objeto de la pericia ha sido determinar el monto de la liquidación final de obra, la misma que ha determinado montos en los cuales este Tribunal esta en algunos casos en desacuerdo, por tanto, deduciendo

los mismos, corresponde entonces establecer el monto de la liquidación final, de acuerdo al siguiente detalle:

RESUMEN LIQUIDACIÓN ECONÓMICA DE OBRA

valorizaciones reconocidas Etapa 1-A materia del presente proceso arbitral

	TOTAL CONTRATO	SALDO POR PAGAR
VALORIZACIÓN		
Descuento indebido de GG por Deductivos sin Reducción de Plazo	4,638,365.34	4,638,365.34
Diferencia No Conciliada en Adicionales	201,186.88	201,186.88
Trabajos Adicionales No Reconocidos	57,914.49	57,914.49
Mayores GG por Ampliación de Plazo N° 02	1,166,259.30	1,166,259.30
Interés por Mora en Pagos	3,166,164.81	3,166,164.81
REAJUSTE		
Descuento indebido de GG por Deductivos sin Reducción de Plazo	46,839.86	46,839.86
Diferencia No Conciliada en Adicionales	63,160.04	63,160.04
Trabajos Adicionales No Reconocidos	36.36	36.36
Mayores GG por Ampliación de Plazo N° 02	3,652.55	3,652.55
MULTAS		
MONTO A PAGAR SIN IGV	4,701,525.38	4,701,525.38
IMPUESTO GENERAL A LAS VENTAS (IGV)	893,289.82	893,289.82
impuesto General a las ventas (19% de 5.0)	893,289.82	893,289.82
MONTO A FACTURAR	5,594,815.20	5,594,815.20

Por lo expuesto, el Tribunal establece que el monto total de las pretensiones reconocidas es de S/. 4'701,525.38 (cuatro millones setecientos un mil quinientos veinticinco y 20/100 nuevos soles) más el IGV, con lo que se deberá tener por liquidado el contrato añadiendo aquellos aspectos en los cuales las partes no guardan controversia.

NOVENO PUNTO MATERIA DE PRONUNCIAMIENTO

Determinar si corresponde o no declarar que la fecha de conclusión de la obra, a que hace referencia la Adenda N° 2, es el 15 de enero de 2011.

En caso se desestime lo anterior, determinar cuál es la fecha de la conclusión de la obra.

En caso se declare que la fecha de culminación de la obra fue el 15 de enero de 2011 u otra más allá del 15 de noviembre de 2010, determinar si corresponde o no aplicar a COSAPI la penalidad a que se refiere el numeral 13.00 del Contrato de original de fecha 17 de noviembre de 1989 y numeral 5.11.4 del RULCOP.

Este punto materia de pronunciamiento corresponde a la primera pretensión principal y subordinadas de la reconvención.

Conforme a lo resuelto por el Tribunal Arbitral al resolver la primera pretensión principal de la demanda, la fecha de culminación de la obra es el 15 de noviembre de 2010, por lo que no corresponde pronunciarnos de manera diversa sobre este punto, ni sobre las demás pretensiones subordinadas contenidas en el presente punto materia de pronunciamiento.

En virtud de lo antes señalado, debe declararse infundada la primera pretensión principal de la reconvención.

DÉCIMO PUNTO MATERIA DE PRONUNCIAMIENTO

Determinar a quién le corresponde asumir las costas y costos del arbitraje.

El numeral 1) del artículo 72º del Decreto Legislativo N° 1071 dispone que los árbitros se pronunciaran en el laudo arbitral sobre los costos indicados en el artículo 70º del citado cuerpo legal. Asimismo, el numeral 1) del artículo 73º 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 prorrato es razonable, teniendo en cuenta las circunstancias del caso.

En el presente caso, de la revisión del convenio arbitral celebrado entre las partes, se advierte que éstas no convinieron nada en relación a los costos del arbitraje, por lo que corresponde que la distribución de los mismos sea determinada por el Tribunal Arbitral de manera discrecional y apelando a su debida prudencia.

Considerando el resultado del arbitraje que en puridad, desde el punto de vista del Tribunal Arbitral, las partes tuvieron motivos suficientes y atendibles para litigar, habida cuenta de que debían defender sus pretensiones en la vía arbitral, atendiendo al buen comportamiento procesal de las partes que han demostrado mediante sus declaraciones

contenidas en los diversos actuados que obran en el expediente arbitral, y a la incertidumbre jurídica que existía entre ellas, corresponde disponer que los costos del presente arbitraje sean asumidos en partes iguales. Por lo expuesto, este Tribunal Arbitral determina que cada una de las partes asuma los honorarios por concepto de defensa legal en los que hubiera incurrido o se hubiera comprometido a pagar.

Sin embargo, en cuanto a los demás costos estipulados en el artículo 70º del Decreto Legislativo N° 1071, en la medida que haya correspondido pagarse en porciones equitativas por las partes, la parte contraria deberá restituir a COSAPI aquello que en exceso haya asumido por su cuenta, al momento de cumplirse con los pagos respectivos por ante el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima.

FALLO

El Tribunal Arbitral en atención a las consideraciones y conclusiones expuestas, en Derecho, resuelve:

PRIMERO: Declara **FUNDADA** la primera pretensión principal de la demanda.

SEGUNDO: Declara **INFUNDADA** la segunda pretensión principal de la demanda.

TERCERO: Declarar **FUNDADA** en parte la cuarta pretensión principal de la demanda y que carece de objeto emitir pronunciamiento respecto de la primera y segunda pretensiones subordinadas a la cuarta pretensión principal.

CUARTO: Declarar **FUNDADA** en parte la quinta pretensión principal de la demanda y que carece de objeto emitir pronunciamiento respecto de la primera y segunda pretensiones subordinadas a la quinta pretensión principal.

QUINTO: Declarar **FUNDADA** en parte la sexta pretensión principal de la demanda, **INFUNDADA** la primera pretensión subordinada a la sexta pretensión principal y **FUNDADA** la segunda pretensión subordinada a la sexta pretensión principal.

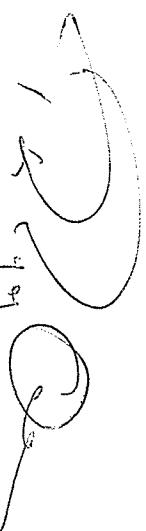
SEXTO: Declarar **FUNDADA** la séptima pretensión principal de la demanda.

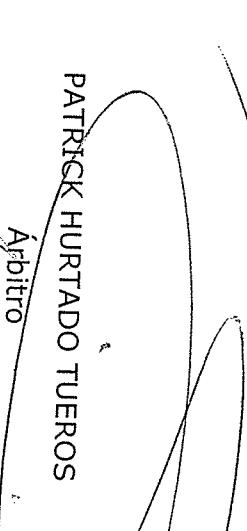
SÉPTIMO: Declarar **FUNDADA** la octava pretensión principal de la demanda.

OCTAVO: Declarar **FUNDADA** la novena pretensión principal de la demanda; en consecuencia, el monto final de la Liquidación queda establecido en S/. 4'701,525.38 (Cuatro millones setecientos un mil quinientos veinticinco y 20/100 nuevos soles) más el IGV.

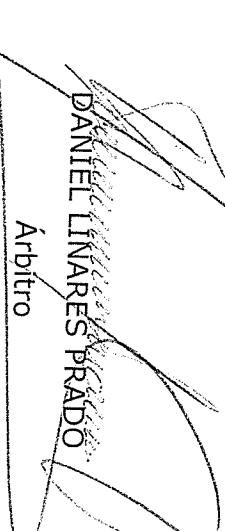
NOVENO: Declarar **INFUNDADA** la primera pretensión principal de la reconvenCIÓN.

DÉCIMO: Declarar que los costos del proceso arbitral se distribuyan en partes iguales, debiendo restituirse a COSAPI aquello que en exceso haya asumido por su contraparte, según lo estipulado en el presente laudo.


RICARDO RODRÍGUEZ ARDILES
Presidente


PATRICK HURTADO TUEROS

Árbitro


DANIEL LINARES PRADO

Árbitro