

LAUDO ARBITRAL DE DERECHO

Solicitante: CONSORCIO TRINIDAD

Emplazado: SEDAM HUANCAYO S.A.

TRIBUNAL: WALTHER PEDRO ASTETE NUÑEZ – PRESIDENTE

OSCAR AMORIN MANRIQUE

JORGE PEDRO MORALES MORALES

Huancayo, 15 de enero de 2015.

ANTECEDENTES:

A continuación se detallan las actuaciones arbitrales más importantes dentro del proceso:

Que, con fecha 24 de mayo del 2013, el Consorcio Trinidad presento su escrito de solicitud de arbitraje en adelante (el Contratista) dándose inicio a las actuaciones arbitrales. Asimismo, propone como árbitro de parte al Abogado Oscar Amorin Manrique

Que, mediante Carta N° 54-2013- SEDAM HYO S.A/OGAL, de fecha 31 de mayo de 2013, SEDAM HUANCAYO S.A, en adelante (la entidad), dio respuesta a la solicitud de arbitraje, designando a su arbitro de parte al abogado Jorge Pedro Morales Morales.

Que, mediante Carta S/N de fecha 15 de julio de 2013 el abogado Walther Pedro Astete Núñez, acepta la designación para presidir el Tribunal Arbitral.

Que, mediante carta de fecha 19 de julio de 2013, se comunica a las partes, la conformación del Tribunal Arbitral e instalación del Tribunal Arbitral.

Que, mediante Acta, de fecha 07 de agosto de 2013, se establece la realización de la Instalación del Tribunal Arbitral.

Que, mediante escrito de fecha 16 de agosto de 2013, el Contratista formula su escrito de demanda.

Que, mediante resolución 1 de fecha 28 de noviembre de 2013 el Tribunal arbitral, declara inadmisible su escrito de demanda presentado por el Consorcio Trinidad, otorgándole el plazo de cinco (5) días hábiles para su subsanación.

Que, mediante escrito de fecha 10 de diciembre de 2013, el Consorcio cumple con subsanar su escrito de demanda.

Que, mediante Resolución 02 de fecha 13 enero de 2014, el Tribunal admite a trámite el escrito de demanda del consorcio Trinidad.

Que, mediante escrito de fecha 04 de febrero de 2014, SEDAM HUANCAYO S.A, absuelve la demanda del Consorcio Trinidad.

Que, mediante resolución 3 de fecha 30 de abril de 2013, el Tribunal admite a trámite el escrito de contestación de demanda de SEDAM HUANCAYO S.A, poniendo de conocimiento al Consorcio Trinidad, y se cita a las partes a la audiencia de Conciliación Fijación de Puntos Controvertidas y Admisión de Medios Probatorios.

Que, mediante acta de fecha 21 de mayo de 2014, se realizó la audiencia de Conciliación Fijación y Determinación de Puntos Controvertidos, determinados de la siguiente manera:

1. *Determinar si corresponde o no, declarar la nulidad de la aplicación de las penalidades al Consorcio Trinidad, por supuesto incumplimiento y pago excesivo y su debida restitución de lo cobrado indebidamente.*
2. *Determinar si el Consorcio Trinidad, cumplió con supervisar el levantamiento de las observaciones efectuadas por el comité de recepción de obra.*
3. *Determinar si corresponde o no, ordenar a Sedam Huancayo S.A, el pago de los intereses legales, a favor del Consorcio Trinidad por la aplicación de la penalidad.*
4. *Determinar si corresponde ordenar o no, a Sedam Huancayo S.A, el pago de los daños y perjuicios, a favor del Consorcio Trinidad.*
5. *Determinar si corresponde o no, ordenar a Sedam Huancayo S.A, el pago de los reajustes del servicio, a favor del Consorcio Trinidad.*
6. *Determinar si corresponde o no, ordenar a Sedam Huancayo S.A, el pago de las costas y costos que se generen hasta el momento del pago.*
7. *Determinar si corresponde o no, ordenar a Sedam Huancayo S.A, la devolución del 10% del monto retenido como garantía de fiel cumplimiento.*
8. *Determinar si corresponde o no, ordenar a Sedam Huancayo S.A, la entrega de un certificado de conformidad del servicio prestado.*

Que, mediante acta de Conciliación Fijación y Determinación de Puntos Controvertidos, se concede a las partes el plazo de cinco (5) días hábiles para la presentación de sus escritos de alegatos.

Que, mediante resolución 04 de fecha 07 de noviembre de 2014, se declaró el cierre de la etapa probatorio señalando el plazo de treinta días para laudar.

I. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL ARBITRAL

II.1.- CUESTIONES PRELIMINARES

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

- (i) Que, el Tribunal Arbitral, se constituyó de conformidad con el convenio arbitral suscrito por las partes.
- (ii) Que, en ningún momento se recusó al Tribunal Arbitral, o se impugnó o reclamó contra las disposiciones de procedimiento dispuestas en el Acta de Instalación.

- (iii) Que, el Consorcio Trinidad, presentó su demanda dentro del plazo dispuesto en el acta de instalación.
- (iv) Que, la Entidad, fue debidamente emplazado con la demanda y presentó su contestación, de demanda dentro de los plazos establecidos.
- (v) Que, las partes tuvieron plena oportunidad para ofrecer y actuar todos sus medios probatorios, así como tuvieron la facultad de presentar sus alegatos o solicitar el uso de la palabra para informar ante el Tribunal Arbitral.
- (vi) Que, de conformidad con las reglas establecidas en el Acta de Instalación del Tribunal Arbitral, las partes han tenido oportunidad suficiente para plantear recurso de reconsideración contra cualquier resolución distinta al laudo emitida en el presente proceso arbitral, que se hubiere dictado con inobservancia o infracción de una regla contenida en el Acta de Instalación, en la Ley de Contrataciones del Estado normado por el Decreto Legislativo N° 1017 (en adelante *La ley de Contrataciones del Estado*) y su Reglamento dado mediante el D.S. N° 184-2008-EF y sus modificatorias, (en adelante el *Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado*), asimismo será de aplicación las normas conexas, habiéndose producido la renuncia al derecho a objetar conforme lo señala la misma Acta de Instalación y las normas acotadas.
- (vii) Que, el Tribunal, ha procedido a laudar dentro de los plazos aceptados por las partes.

III.- MATERIA CONTROVERTIDA

- A. De acuerdo con lo establecido en la Audiencia de Determinación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios de fecha 21 de mayo de 2014, en el presente caso corresponde al Tribunal arbitral, determinar en base a los puntos controvertidos fijados en el presente arbitraje.
- B. Siendo que, el presente arbitraje es uno de derecho, corresponde al Tribunal pronunciarse respecto de cada uno de los puntos controvertidos teniendo en cuenta el mérito de la prueba aportada al proceso para determinar, en base a la valoración conjunta de ella, las consecuencias jurídicas que, de acuerdo a derecho, se derivan para las partes en función de lo que haya sido probado o no en el marco del proceso. Debe destacarse que la carga de la prueba corresponde a quien alega un determinado hecho para sustentar o justificar una determinada posición, de modo que logre crear certeza en el juzgador respecto de tales hechos.
- C. Asimismo, debe tenerse en cuenta, en relación a las pruebas aportadas al arbitraje que en aplicación del **Principio de “Comunidad o Adquisición de la Prueba”**, las pruebas ofrecidas por las partes, desde el momento que fueron presentadas y admitidas como medios probatorios, pasaron a pertenecer al presente arbitraje y, por consiguiente, pueden ser utilizadas para acreditar hechos que incluso vayan en contra de los intereses de la parte que la ofreció. Ello concuerda con la definición de dicho principio que establece que:

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

El Tribunal arbitral, deja constancia que al emitir el presente laudo arbitral ha valorado la totalidad de medios probatorios ofrecidos y admitidos a trámite en el proceso arbitral valiéndose de las reglas de la sana crítica o apreciación razonada, siendo que la no indicación expresa a alguno de los medios probatorios obrantes en autos o hechos relatados por las partes no significa de ningún modo que tal medio probatorio o tal hecho no haya sido valorado, por lo que el Tribunal Arbitral deja establecido que en aquellos supuestos en los que este laudo arbitral hace referencia a algún medio probatorio o hecho en particular, lo hace atendiendo a su estrecha vinculación, trascendencia, utilidad y pertinencia que a criterio del Tribunal Arbitral, tuviere respecto de la controversia materia de análisis. Que, adicionalmente debe precisarse que, los puntos controvertidos constituyen una referencia para el análisis que debe efectuar el Tribunal Arbitral, pudiendo en consecuencia realizar un análisis conjunto de los mismos en aquellos casos en los que se encuentren íntimamente ligados, por lo que en ese sentido, el Tribunal Arbitral, considera que el análisis debe realizarse de acuerdo a la forma siguiente:

IV.- POSICIONES DE LAS PARTES:

1. Determinar si corresponde o no, declarar la nulidad de la aplicación de las penalidades al Consorcio Trinidad, por supuesto incumplimiento y pago excesivo y su debida restitución de lo cobrado indebidamente.
2. Determinar si el Consorcio Trinidad, cumplió con supervisar el levantamiento de las observaciones efectuadas por el comité de recepción de obra.
3. Determinar si corresponde o no, ordenar a Sedam Huancayo S.A, el pago de los intereses legales, a favor del Consorcio Trinidad por la aplicación de la penalidad.
4. Determinar si corresponde ordenar o no, a Sedam Huancayo S.A, el pago de los daños y perjuicios, a favor del Consorcio Trinidad.
5. Determinar si corresponde o no, ordenar a Sedam Huancayo S.A, el pago de los reajustes del servicio, a favor del Consorcio Trinidad.
6. Determinar si corresponde o no, ordenar a Sedam Huancayo S.A, el pago de las costas y costos que se generen hasta el momento del pago.
7. Determinar si corresponde o no, ordenar a Sedam Huancayo S.A, la devolución del 10% del monto retenido como garantía de fiel cumplimiento.
8. Determinar si corresponde o no, ordenar a Sedam Huancayo S.A, la entrega de un certificado de conformidad del servicio prestado

V. ANÁLISIS DE LAS PRETENSIONES DEMANDADAS.

1. Determinar si corresponde o no, declarar la nulidad de la aplicación de las penalidades al Consorcio Trinidad, por supuesto incumplimiento y pago excesivo y su debida restitución de lo cobrado indebidamente.

POSICION DEL DEMANDANTE

Que, la entidad ha aplicado penalidades en dos oportunidades hasta por un monto total del once por ciento de la obra sin haber cumplido con levantar el acta determinada en el artículo ciento setenta y seis del reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado Decreto Supremo N° 184 -2008-EF, que establece en forma literal, que debe levantarse un acta consignando las observaciones existentes y correrse traslado de las mismas en un plazo de dos a diez días calendarios, así dice la norma bajo comentario: De existir observaciones se consignaran en el acta respectiva, indicándose claramente el sentido de estas dándose al contratista un plazo prudencial para su subsanación, en función a la complejidad del bien o servicio. Dicho plazo no podrá ser menor de dos (2) ni mayor de diez (10) días calendarios. Si pese al plazo otorgado, el contratista no cumpliese a cabalidad con la subsanación, la entidad podrá resolver el contrato, sin perjuicio de aplicar las penalidades que correspondan, vulnerándose las formalidades previstas en la norma que son de carácter esencial, por lo que las mismas deberán de declararse nulas y sin efecto alguno debiéndose restituir lo indebidamente cobrado. Asimismo, solo me comunicaron que no estaba cumpliendo con sus funciones, pero no existe acta alguna ni termino para la subsanación.

POSICION DEL DEMANDADO

Que, conforme se persuade de la demanda arbitral que interpusiera el citado Consorcio contra nuestra representada, esta pretende que se declare la nulidad de las aplicaciones de las de las penalidades por el supuesto incumplimiento y pago excesivo y se les restituya lo cobrado indebidamente, también se le pague las penalidades, pago de intereses legales y el pago de los daños y perjuicios más el pago de las costas y costos que le genera el presente procedimiento arbitral, también se le devuelva el diez (10) % por ciento del monto retenido como garantía de cumplimiento y por último se le expida un certificado de conformidad por el servicio prestado.

Todas estas pretensiones tienen como fundamento el hecho de que mi representada haya decidido de manera unilateral imponerle penalidades sin haber respetado el procedimiento establecido por la Ley de Contrataciones del Estado y lo dispuesto por su reglamento, situación que según el Consorcio ya citado le ha generado un grave perjuicio.

Respecto a las pretensiones establecidas por el Consorcio Trinidad, debemos expresar que mi representada en ningún momento ha dispuesto de manera arbitraria imponerle penalidades por el incumplimiento de sus deberes como supervisor externo sino que estas se hicieron sobre la base de las funciones y deberes que se establecieron en las condiciones especiales del proceso de selección de la ADMC-019-2011-SHSA, las cuales han sido establecidas de manera específica, es así que su principal función era la de velar por el fiel cumplimiento y la correcta ejecución de las

obras a su cargo, participar en el acto de entrega de terreno de acuerdo a las condiciones y especificaciones técnicas, llevar el control de la obra de los aspectos físicos, económicos y contable de la obra, revisar diariamente el cuaderno de obras, etc.

Es decir el contrato que suscribiera mi representada con el citado Consorcio siempre se estatuyo de manera específica las obligaciones del supervisor de obra, deberes que en el presente caso no las cumplió, situación frente a la cual mi representada decidió hacer uso de las penalidades que se especificaron en las condiciones y/o bases del proceso de selección así como del contrato suscrito entre ambas partes.

Es así que el citado Consorcio fue contratado por mi representada efectos de que cumpla dichas labores "la de supervisar la obra", funciones que nunca llego a cumplirse, pues mi representada observo que el Consorcio supervisión se había parcializado con el Contratista Consorcio el Tambo, y de esta manera estaba dejando de lado las obligaciones encomendadas.

Es así que si nos remontamos a los antecedentes de los hechos de la ejecución de la obra ya mencionada tendremos como actores principales; la entidad, el contratista y el supervisor. De tal suerte que las labores que estos efectúen se verán complementadas con las labores del otro y es que en el presente proceso el actuar del Consorcio que fue designado como supervisor siempre fue contrario a derecho ya que inclusive al momento de presentar su carta de garantía de seriedad de ofertas lo hizo contraviniendo con lo dispuesto por el Oficio N° 5196-2011-SBS, toda vez que su garantía fue otorgado por solo uno de los miembros del Consorcio y no como debe ser es decir que se encuentre consignado a favor de los dos representantes que integran el Consorcio Trinidad.

Dicho Consorcio entiende que las penalidades se le impusieron de manera arbitraria, pero en el presente caso determinaremos que dichas sanciones se le impusieron por no cumplir sus funciones y obligaciones que le han sido encomendadas, para tal efecto señalaremos algunos hechos:

- (i) El 21/02/2012, mediante anotación en el asiento N° 177 del cuaderno de obra, el residente de obra solicita al supervisor la primera ampliación del plazo, atribuible a la paralización por presencia de lluvias, presencia de obstáculos en un tramo de la obra y por presencia de bolonera gigante en otro tramo (asiento N° 136, 142, 150, 152, 156, 15, 160, 164, 169 y 173), por el plazo de 15 días.
- (ii) El 21/02/2012, mediante anotación en el asiento N° 178 del cuaderno de obra, el supervisor manifiesta: "...esta supervisión puede autorizar una ampliación de plazo hasta de 8 días, la cual el residente debe sustentar adecuadamente en el respectivo informe y presentación de expediente de ampliación de plazo, a entregarse a la brevedad posible..."
- (iii) El 25/02/2012, mediante anotación en el asiento N° 186 del cuaderno de obra, el supervisor manifiesta: "...en vista de la cercanía de la fecha de término de obra programado 28/02/2012 se solicita al residente presentar expediente de ampliación de plazo N° 01 según los asientos 177, 178".

- (iv) El 27/02/2012, mediante anotación en el asiento N^a 188 del cuaderno de obra, el supervisor manifiesta que "...con carta N^a 011-2012/CONTRI dirigido al Gerente General y al Gerente Técnico de Sedam Huancayo S.A, se ha presentado solicitud de ampliación de plazo N^a 01 por 8 días a criterio de esta supervisión, a fin de cumplir con el termino total de la obra".
- (v) El 28/02/2012, mediante anotación en el asiento N^a 190 del cuaderno de obra, el supervisor manifiesta que "...no habiendo pronunciamiento contrario, hoy es la fecha programada del termino de obra, por lo que se cumple el plazo de ejecución, debiendo de terminar la obra al 100%".
- (vi) El 28/02/2012, mediante anotación en el asiento N^a 191 del cuaderno de obra, el supervisor manifiesta que "... a esa fecha se ha culminado al 100% con la ejecución de la obra".
- (vii) Mediante anotación en el asiento N^a 192 del cuaderno de obra (sin fecha), el supervisor manifiesta. "... que se ha culminado la obra al 100% de su avance físico, cumpliéndose con las metas de acuerdo al expediente técnico, por lo cual se solicita a la Gerencia Técnica la conformación del Comité de recepción de obra, y así cumplir con el artículo 210° del reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado".

Estos hechos se originaron durante la actuación de la supervisión en la última etapa de ejecución de la obra, que de lo anotado se advierte que no tenía sustento técnico el plazo solicitado por el contratista o que la obra no se culminó en la fecha señalada; en ambos casos se pone en evidencia la falta de diligencia en el accionar del supervisor de obra, habiendo favorecido indudablemente al contratista en detrimento de la entidad, situación que acarrea no solo sanciones administrativas a través de penalidades sino inclusive a través de denuncias penales por los delitos contra la administración pública.

POSICION DEL TRIBUNAL ARBITRAL

Este Tribunal considera necesario esclarecer lo dispuesto por ley y conceptos sobre las penalidades establecidas conforme a Ley, antes de dilucidar el presente punto controvertido.

Con respecto, a las penalidades establecidas debemos precisar lo siguiente, según lo dispuesto en la ley de Contrataciones del Estado y su reglamento:

Artículo 48°.- Intereses y penalidades

En caso de atraso en el pago por parte de la Entidad, salvo que se deba a caso fortuito o fuerza mayor, ésta reconocerá al contratista los intereses legales correspondientes. Igual derecho corresponde a la Entidad en caso sea la acreedora

El contrato establecerá las penalidades que deberán aplicarse al contratista ante el incumplimiento injustificado de sus obligaciones contractuales, de acuerdo a lo dispuesto en el Reglamento. (Énfasis agregado)

De lo normado se puede apreciar que "las penalidades", pueden derivar de la convención contractual de las partes, y/o estando supeditada su inclusión en las bases del proceso de selección, por lo tanto, estando estipuladas en forma anticipada, además de una indemnización por incumplimiento de alguna de las partes, respecto a las prestaciones pactadas. Como tal se plantea, la penalidad constituye un instrumento que tiene como finalidad dar seguridad a las partes respecto al cumplimiento de las obligaciones contraídas a través del contrato. Asimismo, se puede afirmar, en el caso de contratación pública, por imperio legal se establecen penalidades en la ejecución contractual, pero siempre a favor de la Entidad.

Adicionalmente, se considera lo previsto en el Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado que se pueden establecer *otras penalidades* además de las penalidades por mora en la ejecución de la prestación, que dice:

Artículo 166.- Otras penalidades

En las Bases se podrán establecer penalidades distintas a la mencionada en el artículo precedente, siempre y cuando sean objetivas, razonables y congruentes con el objeto de la convocatoria, hasta por un monto máximo equivalente al diez por ciento (10%) del monto del contrato vigente o, de ser el caso, del ítem que debió ejecutarse. Estas penalidades se calcularán de forma independiente a la penalidad por mora.

En virtud de lo dispuesto la entidad puede establecer otras penalidades, que se establecen en las bases y/o en el contrato. Es decir, quedan establecido contractualmente estas otras penalidades, cuando no fueron objetos de observación ni impugnación oportuna, en caso de no estar de acuerdo con las penalidades establecidas.

En este mismo sentido, siendo que si se establecieron las penalidades con conocimiento de las partes, cabe advertir que se deberá cumplir en virtud a lo disposición legal siguiente:

Artículo 49.- Cumplimiento de lo pactado

Los contratistas están obligados a cumplir cabalmente con lo ofrecido en su propuesta y en cualquier manifestación formal documentada que hayan aportado adicionalmente en el curso del proceso de selección o en la formalización del contrato, así como a lo dispuesto en los incisos 2) y 3) del artículo 1774º del Código Civil.

Lo que nos refiere una vez perfeccionado el contrato, el contratista se compromete a ejecutar las prestaciones pactadas en favor de la entidad, mientras que la entidad, por su parte, se obliga a pagar al contratista la contraprestación pactada. En estos términos el contrato se entenderá cumplido cuando ambas partes ejecuten sus respectivas prestaciones a satisfacción de sus contrapartes.

En consecuencia, considerando que en el presente caso, donde se advierte que está en cuestión el cumplimiento de las funciones del Supervisor asumida por el Consorcio Trinidad, los mismos que están establecidos en el Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, donde se dispone:

Artículo 193.- Funciones del Inspector o Supervisor

La Entidad controlará los trabajos efectuados por el contratista a través del inspector o supervisor, según corresponda, quien será el responsable de velar directa y permanentemente por la correcta ejecución de la obra y del cumplimiento del contrato. El inspector o el supervisor, según corresponda, tienen como función controlar la ejecución de la obra y absolver las consultas que le formule el contratista según lo previsto en el artículo siguiente. Está facultado para ordenar el retiro de cualquier subcontratista o trabajador por incapacidad o incorrecciones que, a su juicio, perjudiquen la buena marcha de la obra; para rechazar y ordenar el retiro de materiales o equipos por mala calidad o por el incumplimiento de las especificaciones técnicas; y para disponer cualquier medida generada por una emergencia.

No obstante lo señalado en el párrafo precedente, su actuación debe ajustarse al contrato, no teniendo autoridad para modificarlo.

El contratista deberá brindar al inspector o supervisor las facilidades necesarias para el cumplimiento de su función, las cuales estarán estrechamente relacionadas con ésta.

De los hechos descritos en la demanda y la contestación de la demanda se puede colegir que es materia de controversia la aplicación de penalidad sobre el cumplimiento de sus funciones del supervisor asumidos contractualmente entre la empresa SEDAM S.A. y el consorcio Trinidad, para que este último los cumpla con la Supervisión en la ejecución de la obra "Ampliación del Alcantarillado Sanitario de la Comunidad Campesina de Vilcacoto (Barrio Pañaspampa, Barrio Centro, Barrio Pucatea) distrito de Huancayo, provincia de Huancayo, departamento de Junín". Al respecto, el Tribunal concluye:

Evidentemente el demandante debe probar lo que alega, y, en el presente caso el demandante, considerando que las penalidades fueron establecidas en las bases y para poder aplicarse debería haberse constado mediante medios probatorios idóneos, donde sustente el cumplimiento de sus funciones, ni ha indicado las funciones que ha cumplido.

Además debemos señalar, que el demandado al señalar sobre los cumplimientos de funciones del supervisor, no basta la sola imputación de incumplimientos para sustentar la penalidad aplicable, ya que cuando no se imputa y se prueba el dolo o la culpa grave, por lo tanto no se podría presumir el incumplimiento.

Por todas estas consideraciones nos llevan a declarar improcedente la pretensión principal del consorcio Trinidad.

2. Determinar si el Consorcio Trinidad, cumplió con supervisar el levantamiento de las observaciones efectuadas por el comité de recepción de obra.

POSICION DEL DEMANDANTE

No ha cumplido con manifestar lo concerniente a la sustentación de la pretensión invocada.

POSICION DEL DEMANDADO

El día 19/05/2012, mediante anotación en el asiento N^a 213 del cuaderno de obra, el supervisor manifiesta que "...en vista por la demora del contratista en la realización de la limpieza del canal de riego de la JAAS PALIAN UÑAS, mediante carta N^a 027-2012/CONTR5I, del 16/05/2012, se recomienda a la entidad realizar estos trabajos por terceros y requerir el pago a la empresa contratista en la liquidación final de la obra, demostrando una vez más su favorecimiento al contratista, ya que la demora en la limpieza en el canal es atribuible al contratista, por lo que implica la ampliación de penalidades a este, por la demora en el levantamiento de observaciones. Esto evidencia más en la anotación posterior en el mismo asiento, el cual el supervisor señala que si por causas ajenas al contratista la recepción de la obra se retarda, superando los plazos establecidos, el lapso se adicionara al plazo de ejecución (...) por demora en el acto de recepción atribuible a la entidad (52) días, el plazo de levantamiento de observaciones por parte del contratista es de 19 días propuesto. Ello evidencia nuevamente que se pretende exonerar al contratista en la demora en el levantamiento de observaciones, pese a ser evidente que este todavía no había cumplido con levantar las observaciones planteadas por el comité de recepción.

La limpieza del canal se culminó el 29/05/2012 asientos 216, 217 del cuaderno de obra.

El día 03/07/2012, mediante anotación en el asiento N^a 222 del cuaderno de obra, el supervisor, manifiesta que "...el día de hoy se ha culminado el proceso de verificación de levantamiento de observaciones, no indicándose ningún trabajo pendiente o discrepancia por parte del comité constituido, faltante por revisar. Luego de 126 días de culminado la obra (...) faltando suscripción de acta de recepción final de obra.

El día 09/07/2012 mediante acta anotación en el asiento N^a 224 del cuaderno de obra, el supervisor manifiesta que "... falta a la fecha la suscripción de acta de recepción de obra, demora atribuible a los otros miembros del comité de recepción..."

El día 17/08/2012, mediante anotación en el asiento N^a 229 del cuaderno de obra, el supervisor manifiesta que se emitió a la entidad el documento recordando que a la fecha, habiendo transcurrido más de 170 días desde que se terminó la obra, no se suscribe acta de recepción final de obra.

Lo señalado en los puntos anteriores, relacionado con lo descrito en el cuaderno de obra, demuestran que el contratista ha cumplido con levantar la totalidad de las obras al comité de recepción de obra; sin embargo el día 03 de setiembre del 2012, se suscribe el acta de conciliación, en la cual se señala, entre otros acuerdos, lo siguiente:

Primero.- Que las partes llegan al acuerdo que la empresa SEDAM HUANCAYO SA, ha formulado observaciones al proceso de ejecución de la obra (...) las que no han sido levantadas en su totalidad.
Segundo.- El contratista se compromete en levantar las observaciones faltantes en el plazo de 7 días calendario, a partir de la suscripción de la presente acta.

Es decir, el contratista acepta que no ha cumplido con levantar la totalidad de las observaciones planteadas por el comité de recepción; contradiciendo con ello todo lo manifestado por el supervisor. Mediante anotación de asiento N° 236 del cuaderno de obra, de fecha 10 de setiembre del 2012, el supervisor manifiesta habiendo recepcionado copia del levantamiento y subsanación de observaciones alcanzando en acto conciliatorio de 03 de setiembre del 2012 por parte del Consorcio Tambo y revisando los documentos de subsanación, la supervisión se pronuncia favorablemente para la firma del acta de recepción de obra.

Es en atención a todos los hechos ya descritos que en el presente caso el actuar de mi representada se encuentra bien justificada, es decir el hecho de haberse impuesto diversas penalidades al existir observaciones o falencias en la conducta del supervisor se encuentra conforme a ley.

POSICION DEL TRIBUNAL

Estando a las consideraciones expuestas, evidentemente el demandante debe probar lo que alega, y, en el presente caso el demandante, no ha presentado ningún medio probatorio mediante el cual sustente el cumplimiento de sus funciones según lo establecido en el contrato.

Además debemos señalar, si bien el demandado advierte los supuestos actos irregulares sobre el incumplimiento de funciones del supervisor, ante ello, no basta la sola imputación de tales incumplimientos para sustentar la penalidad aplicable, ya que cuando no se imputa, se prueba el dolo o la culpa grave, por lo tanto no se podría presumir el incumplimiento.

Por todas estas consideraciones nos llevan a declarar improcedente la pretensión principal del consorcio Trinidad.

3. Determinar si corresponde o no, ordenar a Sedam Huancayo S.A, el pago de los intereses legales, a favor del Consorcio Trinidad por la aplicación de la penalidad.

POSICION DEL DEMANDANTE

No sustenta su pretensión.

POSICION DEL DEMANDADO

No existe sustento de defensa.

POSICION DEL TRIBUNAL

Si bien se señala la pretensión por el demandante, sin embargo pese haber sido requerido, al demandante mediante la resolución N° 01 de fecha 28 de noviembre del 2013, para que presente medio probatorio alguno, pero no lo hace y a su vez el demandado ante lo cual procede por no realizar ninguna alegación al respecto.

Por lo que, el tribunal ante la carencia total de pruebas sobre la pretensión invocada, el Tribunal no puede sustituirse en los abogados de las partes.

Por estas consideraciones, declaramos la presente pretensión improcedente.

4. Determinar si corresponde ordenar o no, a Sedam Huancayo S.A, el pago de los daños y perjuicios, a favor del Consorcio Trinidad.

POSICION DEL DEMANDANTE

Que, como se puede apreciar la aplicación indebida de penalidades es por culpa exclusiva de la entidad, al haber incumplido la normativa de contrataciones, lo que nos perjudica enormemente, pues implica un retraso para el pago de nuestros proveedores así como el pago del personal contratado, acto que implica un acto de resolución que podemos solicitar por nuestra parte, y que no hemos hecho por nuestra actuación de buena fe, al cual deberá de reconocernos la respectiva indemnización por daños y perjuicios, bajo responsabilidad del titular como lo indica en forma literal el artículo 170º párrafo segundo del reglamento de la ley de contrataciones y adquisiciones del estado, que a la letra dice: Si la parte perjudicada es el contratista la entidad deberá de reconocerle la respectiva indemnización por los daños y perjuicios irrogados, bajo responsabilidad del titular, responsabilidad que no solo es administrativa sino también civil y presumiblemente penal, así pues el Código Penal, establece que la omisión de pago injustificado implica presumiblemente un ilícito penal determinado en el artículo 390 del cuerpo de leyes citado que establece: El funcionario o servidor público que teniendo fondos expeditos, demora injustificada un pago ordinario o decretado por la autoridad competente, será reprimido con pena privativa de la libertad no mayor a dos años.

POSICION DEL DEMANDADO

Al respecto debemos indicar que en base al principio de carga de la prueba, que se utiliza supletoriamente en la Ley 27444, no se ha llegado a demostrar que daños y perjuicios que se le hayan causado a dicha parte, al no estar acreditados de manera idónea.

POSICION DEL TRIBUNAL

Siendo el Contratista que solicita una indemnización de daños y perjuicios por la aplicación de penalidades, sin embargo no sustenta su posición y no acredita el daño causado, no obstante que el artículo 1331º del Código Civil, prescribe que la carga de la prueba de los daños y perjuicios y de su cuantía corresponden al perjudicado, por lo que al no haberse acreditado la existencia de los supuestos daños, no corresponde que la empresa SEDAM S.A. pague suma alguna referente a estos supuestos daños y perjuicios solicitados

5. Determinar si corresponde o no, ordenar a Sedam Huancayo S.A, el pago de los reajustes del servicio, a favor del Consorcio Trinidad.

POSICION DEL DEMANDANTE

No sustenta su pretensión.

POSICION DEL DEMANDADO

No existe sustento de defensa.

POSICION DEL TRIBUNAL

Nuevamente debemos señalar que el tribunal Arbitral no puede argumentar o probar donde no lo ha hecho la parte a la que le corresponde hacer.

Por lo que, al igual que lo anterior este Tribunal se ve obligado a declarar improcedente la indicada pretensión.

6. Determinar si corresponde o no, ordenar a Sedam Huancayo S.A, el pago de las costas y costos que se generen hasta el momento del pago.

POSICION DEL DEMANDANTE

No sustenta su pretensión.

POSICION DEL DEMANDADO

No existe argumento de defensa.

POSICION DEL TRIBUNAL

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

En el presente caso de la revisión del convenio arbitral celebrado entre las partes, se advierte que las partes 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, no puede afirmarse que existe una "parte perdedora", en vista de que ambas 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 cada una de las partes asuma los costos del presente arbitraje en partes iguales; en consecuencia, cada parte debe asumir

el pago de la mitad de los gastos arbitrales decretados en este arbitraje (entiéndase los honorarios del Tribunal Arbitral y de la Secretaría Arbitral); así como los costos y costas en que incurrieron o debieron de incurrir como consecuencia del presente arbitraje. En tal sentido, estando a la decisión del Tribunal Arbitral de que ambas partes asuman, en montos equivalentes, los gastos arbitrales del presente arbitraje

7. Determinar si corresponde o no, ordenar a Sedam Huancayo S.A, la devolución del 10% del monto retenido como garantía de fiel cumplimiento.

POSICION DEL DEMANDANTE

Que, la obra fue finalizada en febrero de 2012, habiendo concluido con la prestación de nuestros servicios, sin embargo hasta el momento de redacción de la presente, no se nos devuelve la retención como garantía de fiel cumplimiento , a pesar de nuestros constantes reclamos, hasta el momento de redacción de la presente no se nos ha pagado.

POSICION DEL DEMANDADO

No sustenta su defensa.

POSICION DEL TRIBUNAL

Teniendo en consideración lo resuelto respecto a las anteriores pretensiones, no es pertinente que el tribunal se avoque sobre el conocimiento de la pretensión que se indica, por lo que declara improcedente esta pretensión.

8. Determinar si corresponde o no, ordenar a Sedam Huancayo S.A, la entrega de un certificado de conformidad del servicio prestado.

POSICION DEL DEMANDANTE

Que, habiendo finalizado nuestro servicio y de acuerdo con lo establecido en la normatividad de contrataciones del estado, se nos debe expedir la conformidad del servicio, sin embargo hasta el momento de redacción de la presente no se nos ha expedido la misma, a lo cual tenemos derecho.

POSICION DEL DEMANDADO

No presenta sustento de defensa

POSICION DEL TRIBUNAL

Que ante el análisis general que se viene realizando y que nos lleva a declarar improcedente las pretensiones demandadas por cuando no han sido debidamente probadas, nos lleva a declarar improcedente esta pretensión, porque esta se sustenta en lo que se pueda probar mediante las pretensiones precedentes.

DECISIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL:

Estando a las consideraciones expuestas, dentro del plazo correspondiente, el Tribunal Arbitral en Derecho, **RESUELVE**:

Primero: Por las consideraciones antes expuestas, IMPROCEDENTE la primera pretensión.

Segundo: Por las consideraciones antes expuestas, IMPROCEDENTE la segunda pretensión.

Tercero: Por las consideraciones antes expuestas, IMPROCEDENTE la tercera pretensión.

Cuarto: Por las consideraciones antes expuestas, IMPROCEDENTE la cuarta pretensión.

Quinto: Por las consideraciones antes expuestas, IMPROCEDENTE la quinta pretensión.

Sexto: Por las consideraciones antes expuestas, IMPROCEDENTE la séptima pretensión

Séptimo: Por las consideraciones antes expuestas, IMPROCEDENTE la octava pretensión.

Octavo: Respecto a sexta pretensión, por las consideraciones antes expuestas, que ambas partes han tenido razones legítimas para actuar en la presente controversia, DECLARAMOS que las costas y costos serán asumidas por cada parte en lo que haya incurrido

Noveno: REMÍTASE una (1) copia del presente Laudo Arbitral al Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado para su publicación.

Notifíquese a las partes.-



Walther Pedro Astete Núñez

Presidente



Oscar Amorín Manrique

Árbitro



Jorge Pedro Morales Morales

Arbitro



Joel Torres Poma

Secretario Arbitral