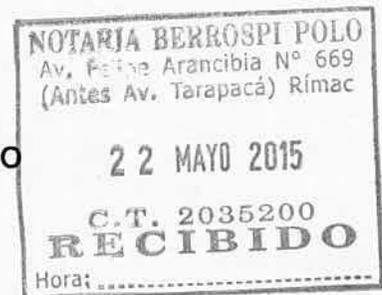


Exp. N° 452-33-14

**AQA QUÍMICA S.A. (AQA QUÍMICA) – SERVICIO DE AGUA POTABLE Y
ALCANTARILLADO DE LIMA (SEDAPAL)**

LAUDO DE DERECHO



DEMANDANTE:

AQA QUÍMICA S.A. (en adelante, AQA QUÍMICA,
EL CONTRATISTA o EL DEMANDANTE)

DEMANDADO:

**SERVICIO DE AGUA POTABLE Y
ALCANTARILLADO DE LIMA** (en adelante,
SEDAPAL, LA ENTIDAD o EL DEMANDADO)

TRIBUNAL ARBITRAL:

Rolando Eyzaguirre Maccan (Presidente)
Juan José Pérez-Rosas Pons
Sergio Alberto Tafur Sánchez

SECRETARIA ARBITRAL:

Silvia Rodríguez Vásquez
Secretaria General de Conciliación y Arbitraje



Resolución N° 11

En Lima, a los veinte del mes de mayo del año dos mil quince, el Tribunal Arbitral, luego de haber realizado las actuaciones arbitrales de conformidad con la ley y las normas establecidas por las partes, escuchados los argumentos sometidos a su consideración y deliberado en torno a las pretensiones planteadas en la demanda y contestación de la demanda, por unanimidad, dicta el siguiente laudo para poner fin, por decisión de las partes, a la controversia planteada.

I. Existencia del Convenio Arbitral e Instalación del Tribunal Arbitral

1.1 El Convenio Arbitral

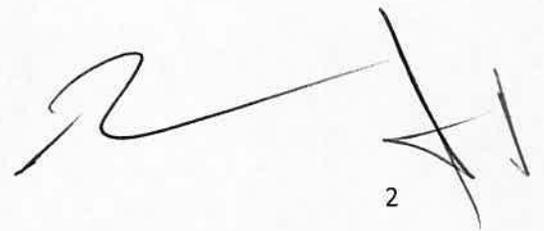
De acuerdo a las disposiciones contenidas en la Cláusula Vigésima: Solución de Controversias del Contrato de Adquisición de Bienes N° 257-2012-SEDAPAL – Adquisición de Medidores de Flujo y de Velocidad (en lo sucesivo EL CONTRATO) celebrado por AQA QUÍMICA y SEDAPAL con fecha 04 de diciembre de 2012 el arbitraje es de derecho.

Asimismo, las partes acordaron que el proceso arbitral será realizado bajo la organización, administración y reglas del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (en adelante, EL CENTRO).

1.2 Instalación del Tribunal Arbitral

El 25 de junio de 2014, se instaló el Tribunal Arbitral constituido por los árbitros Rolando Eyzaguirre Maccan, como Presidente del Tribunal Arbitral, así como por Juan José Pérez-Rosas Pons y Sergio Alberto Tafur Sánchez, en calidad de árbitros; con la asistencia de AQA QUÍMICA; y de otro lado, SEDAPAL.

II. Normatividad aplicable al arbitraje



Conforme a lo establecido en el Acta de Instalación, son de aplicación al presente arbitraje, el Reglamento de Arbitraje del CENTRO y en forma supletoria, el Decreto Legislativo N° 1071, Decreto Legislativo que Norma el Arbitraje. Asimismo, se estableció que, en caso de discrepancias de interpretación o de insuficiencia de las reglas que antecede, el Tribunal Arbitral resolvería en forma definitiva del modo que considere apropiado.

III. De la Demanda Arbitral presentada por AQA QUÍMICA

3.1 Mediante Escrito N° 01, presentado con fecha 23 de julio de 2014, y subsanado mediante Escrito N° 02, presentado con fecha 13 de agosto de 2014, AQA QUÍMICA interpuso demanda arbitral contra SEDAPAL.

3.2 AQA QUÍMICA solicita las siguientes pretensiones:

Primera Pretensión Principal: Aprobación de la ampliación de plazo solicitada por AQA QUÍMICA mediante Carta CV 012013-01. Consecuentemente invalidez de la Carta N° 08-2013 ERPrim del 21-01-2013 que deniega la ampliación de plazo solicitada.

Segunda Pretensión Principal: Invalidez de los actos que resuelven y notifican la resolución del Contrato de Adquisición de Bienes N° 257-2012-SEDAPAL.

Tercera Pretensión Principal: Recepción y pago por parte de SEDAPAL de los equipos que son objeto del Contrato de Adquisición de Bienes N° 257-2012-SEDAPAL.

Cuarta Pretensión Principal: El pago de costos y costas arbitrales del presente proceso arbitral.

IV. De la Contestación a la Demanda Arbitral presentada por SEDAPAL

4.1. Mediante Escrito N° 03, presentado el 25 de septiembre de 2014, SEDAPAL contesta la Demanda interpuesta por AQA QUÍMICA, negando categóricamente todas las pretensiones de interpuestas por EL DEMANDANTE.

V. Fijación de Puntos Controvertidos y admisión de medios probatorios

5.1. Con fecha 15 de enero de 2015 se realizó la Audiencia de Fijación de Puntos Controvertidos, con la participación del Tribunal Arbitral en mayoría y las partes. Inasistencia del doctor Sergio Alberto Tafur Sánchez.

5.2. En dicho acto los árbitros invitaron a las partes a conciliar. Sin embargo, cada una de ellas señaló que no era posible llegar a un acuerdo conciliatorio. En ese sentido, se procedió a fijar los puntos controvertidos como se detallan a continuación:

- Determinar si corresponde o no, declarar la aprobación de la ampliación de plazo solicitada por AQA QUÍMICA mediante Carta CV 012013-01 de fecha 14 de enero de 2013 y, consecuentemente, declarar la invalidez de la Carta N° 08-2013 ERPrim del 21 de enero de 2013 que deniega la ampliación de plazo solicitada.
- Determinar si corresponde o no, declarar la invalidez de los actos que resuelven y notifican la resolución del Contrato de Adquisición de Bienes N° 257-2012-SEDAPAL.
- Determinar si corresponde o no, declarar que SEDAPAL cumpla con recibir y pagar los equipos que son objeto del Contrato de Adquisición de Bienes N° 257-2012-SEDAPAL.

5.3. Acto seguido, se admitieron los siguientes medios probatorios:

Por parte de AQA QUÍMICA, se admitieron los documentos ofrecidos en la demanda arbitral, en el Acápite IV. Medios Probatorios y Anexos, identificados del numeral 1 al 13, los cuales se acompañan en calidad de anexos de su escrito de demanda de fecha 23 de julio de 2014 y subsanada mediante escrito de fecha 13 de agosto de 2014, que se adjuntaron a los referidos escritos.

Por parte de SEDAPAL, se admitieron como medios probatorios los documentos ofrecidos en el acápite ANEXOS, identificados del literal ANEXO 1 al ANEXO 24, de su escrito de Contestación de Demanda Arbitral de fecha 25 de septiembre de 2014.

Finalmente, el Tribunal Arbitral se reservó el derecho de solicitar medios probatorios de oficio en cualquier momento.

VI. Cierre de Etapa Probatoria y Alegatos

- 6.1. Mediante Resolución N° 8, de fecha 12 de febrero de 2015, el Tribunal Arbitral declaró finalizada la etapa probatoria, otorgando a las partes plazo de diez (10) días para presentar sus conclusiones o alegatos escritos.
- 6.2. Con fecha 27 de febrero de 2015, SEDAPAL presentó sus alegatos escritos.
- 6.3. Mediante la Resolución N° 9, de fecha 11 de marzo de 2015, se dejó constancia que AQA QUÍMICA no cumplió con presentar sus alegatos, habiéndose vencido el plazo para ello.

VIII. Informe Oral

- 7.1. Con fecha 01 de abril de 2015, se realizó la Audiencia de Informe Oral con la participación del Tribunal Arbitral y de SEDAPAL, dejando constancia de la inasistencia de AQA QUÍMICA.
- 7.2. Mediante Escrito presentado el 08 de abril de 2015, SEDAPAL cumplió con presentar el Informe N° 09-2013-ERPrim, solicitado por el Tribunal en la audiencia de informes orales.

IX. Plazo para laudar

Mediante Resolución N° 10, de fecha 14 de abril de 2015, el Tribunal Arbitral declaró que el arbitraje se encontraba en estado para laudar, por lo que fijó el plazo de treinta (30) días, prorrogables por treinta (30) días adicionales, para emitir el laudo arbitral.

X. Costos del Arbitraje

En el acta de instalación se estableció como honorarios de los árbitros la suma neta de S/. 12,395.00 (Doce Mil Trescientos Noventa y Cinco con 00/100 Nuevos Soles) y de la Secretaría Arbitral la suma neta de S/. 4,500.00 (Cuatro Mil Quinientos con 00/100 Nuevos Soles), lo que hace un total de S/. 16,895.00 (Dieciséis Mil Ochocientos Noventa y Cinco con 00/100 Nuevos Soles) netos.

CONSIDERANDOS

A continuación corresponde emitir el pronunciamiento del Tribunal Arbitral respecto a las pretensiones formuladas en el presente proceso arbitral, evaluando cada uno de los Puntos Controvertidos fijados conforme al Acta de fecha 15 de enero de 2015.

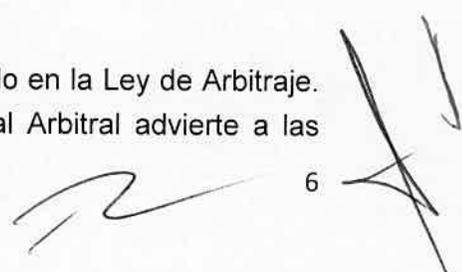
DECLARACIÓN PREVIA

Antes de entrar a analizar la materia controvertida, corresponde confirmar lo siguiente: (i) que este Tribunal Arbitral se constituyó de conformidad con el convenio arbitral suscrito por las partes y con la Ley de la materia, al que las partes se sometieron de manera incondicional; (ii) que en momento alguno se impugnó o reclamó contra las disposiciones de procedimiento dispuestas en el Acta de Instalación de este Tribunal Arbitral, ni las partes presentaron recusación contra los árbitros; (iii) que AQA QUÍMICA presentó su demanda y ejerció plenamente su derecho de acción; (iv) que SEDAPAL fue debidamente emplazada con la demanda y ejerció plenamente su derecho de defensa; (v) que las partes tuvieron plena oportunidad para ofrecer y actuar todos sus medios probatorios, así como de poder ejercer la facultad de presentar alegatos e, inclusive, de informar oralmente; (vii) que, este Tribunal Arbitral ha procedido a laudar dentro de los plazos legales y acordados con las partes durante el proceso arbitral.

En consecuencia, habiéndose cumplido con los presupuestos procesales y no existiendo vicio alguno al respecto que afecte la validez del proceso, el cual se ha desarrollado cumpliendo todas sus etapas, el Tribunal emite el Laudo correspondiente conforme a los siguientes términos.

CONSIDERACIONES PRELIMINARES

El presente laudo se expide de conformidad con lo señalado en la Ley de Arbitraje. Estando a lo dispuesto en la mencionada Ley, el Tribunal Arbitral advierte a las

A large, stylized handwritten signature in black ink, located at the bottom right of the page.

partes que la valoración de las pruebas en que se sustenta la decisión y los fundamentos de hecho y de derecho para admitir o rechazar las respectivas pretensiones y defensas de las partes, se van a desarrollar en forma conjunta en los considerandos del presente laudo.

En lo correspondiente a la valoración de los medios probatorios aportados por las partes, el Tribunal Arbitral deja expresa constancia que en el presente proceso arbitral se ha actuado de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 43° de la Ley de Arbitraje, en el que se señala que:

“El Tribunal Arbitral tiene la facultad para determinar de manera exclusiva la admisión, pertinencia, actuación y valor de las pruebas y para ordenar en cualquier momento la presentación o la actuación de las pruebas que estime necesarios”.

Consecuentemente, corresponde que el Colegiado emitirá su pronunciamiento analizando de manera conjunta las pretensiones y materias de pronunciamiento.

PRIMER PUNTO CONTROVERTIDO: “DETERMINAR SI CORRESPONDE O NO, DECLARAR LA APROBACIÓN DE LA AMPLIACIÓN DE PLAZO SOLICITADA POR AQA QUÍMICA MEDIANTE CARTA CV 012013-01 DE FECHA 14 DE ENERO DE 2013 Y, CONSECUENTEMENTE, DECLARAR LA INVALIDEZ DE LA CARTA N° 08-2013 ERPRIM DEL 21 DE ENERO DE 2013 QUE DENIEGA LA AMPLIACIÓN DE PLAZO SOLICITADA”.

Este punto controvertido corresponde a la primera pretensión de la Demanda:

“Primera Pretensión Principal: Aprobación de la ampliación de plazo solicitada por AQA QUÍMICA mediante Carta CV 012013-01. Consecuentemente invalidez de la Carta N° 08-2013 ERPrim del 21-01-2013 que deniega la ampliación de plazo solicitada”.

POSICIÓN DE AQA QUÍMICA

Respecto de la primera pretensión, AQA QUÍMICA refiere como antecedentes que con fecha 25 de octubre de 2012 SEDAPAL convocó a través del SEACE la Adjudicación Directa Pública N° 0099-2012-SEDAPAL para la adquisición de

medidores de flujo y velocidad por un valor referencial de S/.148,571.52 correspondiente a dos ítems.

Añade que, posteriormente, con fecha 20 de noviembre de 2012, se le adjudicó la buena pro del ítem 1 de la Adjudicación Directa Pública N° 0099-2012-SEDAPAL, por la adquisición de un medidor de flujo portátil ultrasónico, por un monto de S/. 93, 400, que debía entregarse en un plazo máximo de 35 días calendarios contados desde el día siguiente de recibido el "pedido de bienes" respectivo, suscribiéndose el contrato de adquisición de bienes N° 257-201-SEDAPAL.

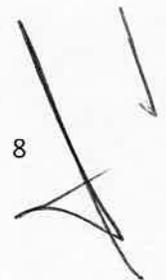
Agrega que, con fecha 14 de enero de 2013, remitió a SEDAPAL la Carta CV 012013-01, la que fue recibida el 15 de enero de 2013, con la que solicitó la ampliación de plazo de entrega de los bienes materia del CONTRATO, proponiendo como fecha de entrega el 15 de marzo de 2013.

Explica que su solicitud fue motivada por la negativa de la empresa fabricante de los equipos objeto del CONTRATO de proveer con ellos a AQA QUÍMICA, a menos que, en concordancia con sus nuevas políticas corporativas, quién los adquiera cuente con los certificados de homologación requeridos por la normativa nacional respectiva.

Detalla que la Resolución Ministerial N° 777-2005-MTC/03 dispone en su artículo 7° que, los equipos como el ofrecido por AQA QUÍMICA requieren contar, para su internamiento, comercialización y operación, con un certificado de homologación.

Prosigue señalando que, mediante Carta N° 08-2013 ER Prim del 21 de enero de 2013, SEDAPAL denegó la solicitud de prórroga de plazo, argumentando que era responsabilidad de AQA QUÍMICA considerar las normas a cumplir para la comercialización de los equipos que ofrecía o contemplar dentro del plazo de entrega ofrecido, el plazo que requería para obtener las autorizaciones respectivas.

Invoca el numeral 2 del artículo 175 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado (RLCE), aprobado mediante Decreto Supremo N° 184-2008-EF, en virtud del cual procede la ampliación de plazo cuando los atrasos o paralizaciones en el cumplimiento de las obligaciones contractuales no resulten imputables al contratista.


8


Sostiene que, durante el plazo en el que la Resolución Ministerial N° 777-2005-MTC/03 se encontraba vigente, tanto AQA QUÍMICA como otras empresas del mercado adquirieron los productos objeto del CONTRATO sin que la empresa fabricante exigiera certificado de homologación alguno, por tanto, no resultaba posible prever al momento de formular la propuesta el cambio en las políticas del fabricante, ni cambiar su decisión una vez tomada esta, por lo que el DEMANDANTE considera que el retraso no le puede ser imputable.

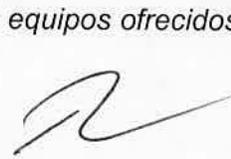
Afirma que obró con la diligencia respectiva ya que, recibida la comunicación en la que el fabricante se negaba a proveerle de sus productos, inició en enero del 2013 el trámite respectivo para la obtención de la homologación respectiva, la que obtuvo con fecha 15 de febrero de 2013.

Señala que una vez obtenidas las autorizaciones respectivas, procedió a importar e internar los equipos objeto del contrato, encontrándose lista para efectuar la entrega, lo cual le comunicó a SEDAPAL con fecha 12 de marzo de 2013.

Resalta que, informó de todo a SEDAPAL mediante cartas, correos electrónicos, reuniones personales e inclusive, a sugerencia de AQA QUÍMICA se inició una conciliación que, en un primer momento se dilató por la falta de diligencia de la ENTIDAD para otorgar los poderes respectivos a su representante, y concluyó sin acuerdo pese a la posición favorable del área usuaria, y pese a que el CONTRATISTA ya contaba con los equipos listos para su entrega.

POSICIÓN DE SEDAPAL

Explica que la negativa de la ampliación de plazo se fundamenta, según se expresa en la Carta 08-2013 ERPrim del 21 de enero de 2013, por cuanto *"a través de la Resolución Ministerial N° 777-2005-MTC/03, el Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones exige el Certificado de Homologación para la comercialización de los equipos que utilizan el espectro radioeléctrico y que transmiten en una potencia mayor a 10 mW, por lo que, el indicado cambio de política de HACH no haría más que asegurar el cumplimiento de una normatividad establecida desde el año 2005 en nuestro país. En ese sentido, era de su entera responsabilidad, en calidad de comercializadores, asegurar la homologación de los equipos ofrecidos, o*


9


en todo caso, considerar dentro de su propuesta de plazo de entrega, el tiempo requerido para los trámites de homologación”.

Indica que con Carta CV 012013-04 del 23 de enero de 2013, AQA QUÍMICA reiteró el pedido de ampliación de plazo de entrega hasta el viernes 15 de marzo de 2013, por lo que mediante Carta 12-2013-ERPrim del 29 de enero de 2013, SEDAPAL le comunicó que mantenía su posición manifestada en la Carta 08-2013 ERPrim, habida cuenta que los argumentos presentados no justificaban el retraso en el cumplimiento de sus obligaciones contractuales, por lo que no procedía la ampliación de plazo solicitada.

Refiere que con Carta 19-2013-ERPrim (notarial) del 08 de febrero de 2013, recibida por el CONTRATISTA el 18 de febrero de 2013, se le otorgó un plazo máximo de cinco días para el cumplimiento de sus obligaciones contractuales, con apercibimiento de resolver el CONTRATO.

Añade que mediante Resolución de Gerencia General N° 471-2013-GG del 20 de mayo de 2013, SEDAPAL aprobó la resolución del CONTRATO, y con Carta 71-2013-ERPrim del 6 de junio de 2013, remitió a AQA QUÍMICA copia de la mencionada Resolución de Gerencia General.

Puntualiza que EL DEMANDANTE no ha formulado cuestionamiento formal a la validez y eficacia del pronunciamiento efectuado por SEDAPAL mediante Carta 08-2013 ERPrim del 21 de enero de 2013, denegando la solicitud de ampliación de plazo, razón por la cual dicho acto administrativo es válido y debe mantenerse firme desplegando toda su eficacia jurídica.

Precisa que, si bien en aplicación del artículo 175° del RLCE la ampliación de plazo procede por atrasos o paralizaciones no imputables al CONTRATISTA, dicho supuesto de hecho debe ser claramente demostrado por quien la solicita. En el presente caso, AQA QUÍMICA sustentó el retraso en la entrega de los bienes materia del CONTRATO, en una nueva norma de la empresa fabricante (HACH) de los bienes objeto del CONTRATO, quienes no comercializarían los bienes mientras no cuenten con el certificado de homologación de los mismos en el país donde serán empleados, calificando este hecho como de fuerza mayor.

Resalta que la responsabilidad de dar cumplimiento a la normativa peruana, esto es la Resolución Ministerial N° 777-2005-MTC/03, recae en AQA QUÍMICA quien debió asegurar la homologación de los equipos ofrecidos, en su calidad de comercializador.

Sostiene que la carta presentada por el CONTRATISTA no constituye prueba suficiente que acredite la existencia de un atraso no imputable al CONTRATISTA, razón por la cual, su solicitud de ampliación de plazo carece de sustento, por lo que el retraso en la entrega de los bienes es atribuible a este, sin que responda a hechos fortuitos o de fuerza mayor.

POSICIÓN DEL TRIBUNAL

La controversia que involucra la primera pretensión de la demanda versa sobre la procedencia o no de la ampliación de plazo solicitada por AQA QUÍMICA y que fuera denegada por SEDAPAL.

EL DEMANDANTE ha sostenido que la procedencia de su pedido de prórroga de plazo contractual se fundamenta en el inciso 2) del artículo 175° del RLCE, esto es, en la existencia de un atraso no imputable al contratista.

A este efecto, como se señaló, AQA QUÍMICA sustentó su solicitud en la negativa de la empresa fabricante (HACH) de los bienes objeto del CONTRATO, a comercializar los bienes mientras no se cuenten con el certificado de homologación de los mismos en el país donde serán empleados.

De ahí que corresponde al Tribunal analizar si dicha circunstancia califica como un supuesto de causa no imputable al contratista que justifique el retraso y habilite la ampliación de plazo solicitada.

A este efecto, lo primero que hay que advertir es que, como señaló SEDAPAL, EL DEMANDANTE calificó el evento en cuestión como un hecho de fuerza mayor.

En la medida que ni la LCE ni su RLCE definen el Caso Fortuito o Fuerza Mayor, corresponde aplicar supletoriamente el Código Civil, con la finalidad de identificar las características que definen ese evento.

De acuerdo al artículo 1315° del Código Civil, el caso fortuito o fuerza mayor es la causa no imputable, consistente en un evento extraordinario, imprevisible e irresistible, que impide la ejecución de la obligación o determina su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso.

Así, la causa no imputable consiste en un evento ajeno al deudor de la obligación, que resulta externo al sujeto, que no lo puede evitar puesto que no lo puede prever.

En el presente caso, el Tribunal tiene la convicción racional que la negativa del fabricante no constituye un evento que califica como Caso Fortuito o Fuerza Mayor.

En efecto, la exigencia dispuesta por el fabricante HACH de la homologación no resulta insólita, puesto que concuerda con una condición técnica para el internamiento, la comercialización y la operación de ciertos equipos, establecida por la Resolución Ministerial N° 777-2005-MTC/03. Esto es, se trata de una exigencia normativa que data desde el 2005, por lo que no cabe considerarlo como un evento extraordinario o no común.

Tampoco se trata de un acontecimiento imprevisible, ya que la exigencia de homologación era un hecho perfectamente previsible para una empresa que se presenta como distribuidor autorizado por el fabricante.

En cuanto a la irresistibilidad, la doctrina¹ reconoce que esa característica debe examinarse en función de si el deudor adoptó todas las medidas posibles, en concreto, para superar el impedimento.

El colegiado concuerda con SEDAPAL en el hecho que el CONTRATISTA pudo haber evitado el retraso si hubiera adoptado una elemental medida de prevención, como era considerar en su propuesta de plazo de entrega, el tiempo requerido para

¹ GASTÓN FERNÁNDEZ CRUZ y LEYSSER LEÓN HILARIO, en “Código Civil Comentado”. Tomo VI. Gaceta Jurídica. 2004. Página 886.

los trámites de homologación que exigía la certificación establecida en la Resolución Ministerial N° 777-2005-MTC/03.

Es indudable que el riesgo de cumplimiento del trámite de obtención del certificado de homologación, dispuesto por la mencionada norma, no puede ser impuesto al acreedor, ya que es de exclusiva responsabilidad del deudor. No escapa a la diligencia exigible al CONTRATISTA una mínima previsión de los eventuales trámites administrativos que conlleva los compromisos de internamiento, de comercialización y de entrega de los equipos que distribuye.

Así, el Tribunal advierte una falta de previsión imputable a AQA QUÍMICA, en cuanto al tiempo requerido para los trámites de homologación que exigía la certificación establecida en la Resolución Ministerial N° 777-2005-MTC/03, siendo previsibles la demora que conlleva la obtención de dicha certificación.

Atendiendo a lo expuesto, este Tribunal llega a la convicción racional que la denegatoria de la ampliación de plazo por parte de SEDAPAL fue válida y fundamentada, por cuanto AQA QUÍMICA no probó la existencia de un atraso no imputable a su parte.

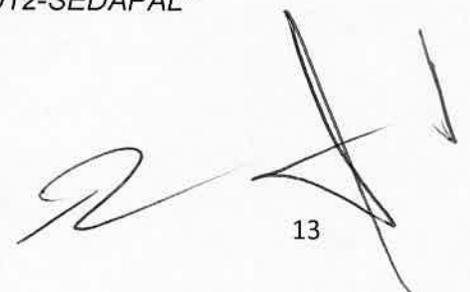
Consecuentemente, procede que se declare INFUNDADA la primera pretensión principal de la demanda.

SEGUNDO PUNTO CONTROVERTIDO: "DETERMINAR SI CORRESPONDE O NO, DECLARAR LA INVALIDEZ DE LOS ACTOS QUE RESUELVEN Y NOTIFICAN LA RESOLUCIÓN DEL CONTRATO DE ADQUISICIÓN DE BIENES N° 257-2012-SEDAPAL."

Este punto controvertido corresponde a la segunda pretensión de la Demanda:

"Segunda Pretensión Principal: Invalidez de los actos que resuelven y notifican la resolución del Contrato de Adquisición de Bienes N° 257-2012-SEDAPAL"

POSICIÓN DE AQA QUÍMICA



Refiere que con fecha 18 de febrero de 2013, mediante Carta N° 19-2013-ERPrim, SEDAPAL le informa que habiendo llegado a acumular el monto máximo de penalidad por mora, debe cumplir con entregar los bienes objeto del contrato dentro de un plazo de cinco días, bajo apercibimiento de resolver el CONTRATO.

Precisa que, con fecha 19 de febrero de 2013, mediante Carta CV 022013-02, además de reiterar las causas no imputables a ella que le habían impedido cumplir con entregar los bienes ofrecidos en el plazo establecido, le informó a SEDAPAL que ya había obtenido las autorizaciones y homologaciones necesarias y que la importación de los equipos se encontraba en camino, indicando también la fecha en que estos podía ser entregados.

Añade que, ante la negativa de SEDAPAL de recibir los equipos, con fecha 12 de diciembre de 2013, inició una conciliación para que se reciban los equipos que ya se encontraban en poder del CONTRATISTA listos para su entrega.

Detalla que la conciliación se frustró por falta de acreditación de poderes de la ENTIDAD, por lo que mediante Carta CV 042013-05 de fecha 19 de abril de 2013, reiteró a SEDAPAL su voluntad de entregar los equipos objeto del contrato, incluso aceptando la aplicación de las penalidades que correspondieran.

Indica que, pese a la diligencia, predisposición y buena voluntad de su parte, SEDAPAL con fecha 18 de junio de 2013 le remitió la Carta N° 71-2013-ERPrim, mediante la cual le adjuntó la Resolución de Gerencia General N° 471-2013-GG del 20 de mayo de 2013, en la que la ENTIDAD le informa que el CONTRATO ha quedado resuelto por haberse acumulado el monto máximo de penalidades y porque se le imputa que incumplió con entregar los equipos ofrecidos en el plazo pactado.

Precisa que si bien SEDAPAL le requirió el cumplimiento de sus obligaciones el 18 de febrero de 2013, el CONTRATO no fue resuelto por la ENTIDAD sino hasta el 20 de mayo de 2013, siendo notificado con fecha 18 de junio de 2013.



Por ello, sostiene que ante un CONTRATO vigente resultaba obligación de SEDAPAL recibir los bienes objeto del mismo, sin perjuicio de aplicar las penalidades respectivas, en caso de haberse generado estas.

Reitera que pese a las múltiples comunicaciones que cursó a la ENTIDAD, informando que se encontraba listo para la entrega de los bienes y dispuesto a asumir las penalidades respectivas en caso de corresponder, SEDAPAL se negó a recibir los bienes, pese a la disposición del área usuaria por contar con ellos, y la necesidad hasta hoy vigente de adquirirlos.

Entiende que se presenta un supuesto de incumplimiento de la ENTIDAD y no del CONTRATISTA, pues aun con aparente retraso se encontraba listo y dispuesto a cumplir con sus obligaciones, a pagar las penalidades respectivas en caso de existir y asumir los costos que la negativa de la ENTIDAD para recibir los bienes le acarrea.

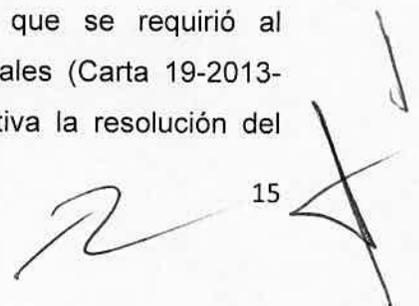
Expresa que mediante Carta 072013-2013 de fecha 25 de julio de 2013, accedió a brindar a SEDAPAL beneficios y mejoras al CONTRATO, mostrando una vez más su voluntad de cumplir con sus obligaciones.

Concluye que, la resolución del CONTRATO por parte de la ENTIDAD y su notificación resultan inválidas por haberse realizado en una oportunidad en la que la aparente motivación de esos actos (incumplimiento de obligaciones del CONTRATISTA) había sido superada, y si bien la obligación no había sido cumplida aún, ello se debía a causas imputables a la ENTIDAD y no a AQA QUÍMICA.

POSICIÓN DE SEDAPAL

Aclara que, de acuerdo a los artículos 165° y 169° del RLCE, se ha configurado la causal y SEDAPAL ha cumplido con los procedimientos establecidos que sustentan la resolución del CONTRATO.

Puntualiza que, el lapso de tiempo transcurrido desde que se requirió al CONTRATISTA que cumpla con sus obligaciones contractuales (Carta 19-2013-ERPrim del 8 de febrero de 2013) hasta que se hizo efectiva la resolución del



CONTRATO (Resolución de Gerencia General N° 471-2013-GG del 20 de mayo de 2013) se sustenta en que, durante ese período, se encontraba vigente al menos un proceso conciliatorio iniciado a solicitud del CONTRATISTA, lo que concluyó sin acuerdo entre las partes.

POSICIÓN DEL TRIBUNAL

Para efectos de dilucidar la validez de la resolución de contrato efectuada por SEDAPAL, el Tribunal debe verificar el cumplimiento de los requisitos de forma y de fondo, establecidos en el artículo 165, 168° y 169° del RLCE, para el ejercicio de la facultad resolutoria del contrato.

En el presente caso, LA ENTIDAD mediante Carta 12 -2013-ERPrim notificada el 30 de enero de 2013, le comunicó a AQA QUÍMICA que "*...habiéndose cumplido el plazo de entrega de los bienes materia de la ADS N° 0099-2012-SEDAPAL, el pasado 18.01.2013, a la fecha, se está computando la penalidad, sin que su representada haya cumplido con entregar los bienes ofertado, se procederá a resolver el contrato por incumplimiento*".

De acuerdo con el Informe 047-2013-EAL de fecha 8 de febrero de 2013, el CONTRATISTA al 01 de febrero de 2013 alcanzó el monto máximo de penalidad por día de atraso (equivalente al diez por ciento del contrato).

Es así que, mediante Carta 19-2013-ERPrim notificada por conducto notarial el 18 de febrero de 2013, SEDAPAL otorgó al CONTRATISTA, el plazo no mayor de 5 días para que cumpla con la entrega de dos medidores de flujo portátiles ultrasónicos.

Cabe destacar que, en la citada carta, de forma expresa LA ENTIDAD hace mención al apercibimiento de resolución de contrato.

El plazo concedido venció el 23 de febrero de 2013, sin que se haya entregado los bienes materia del CONTRATO, ni se hayan consignado por parte del CONTRATISTA.

Con fecha 20 de mayo de 2013, SEDAPAL mediante Resolución de Gerencia General N° 471-2013-GG aprobó la resolución del CONTRATO, por haber incurrido AQA QUÍMICA en la causal establecida en el numeral 2 del artículo 168° del RLCE.

Es por ello que LA ENTIDAD mediante carta notarial N° 71-2013-ERPRim, notificada el 18 de junio de 2013, hizo llegar la mencionada Resolución de Gerencia General, informando de la resolución del CONTRATO.

Ahora bien, conforme a las pruebas ofrecidas y los hechos expuestos por cada una de las partes, se colige que está probado en autos que la causal que llevó a la resolución del CONTRATO fue la acumulación del monto máximo de la penalidad por mora a cargo de AQA QUÍMICA.

Así las cosas, se aprecia que dicha causal faculta la resolución válidamente del CONTRATO en virtud de los artículo 165° y 168° del RLCE. Además, la resolución realizada por la ENTIDAD DEMANDADA encuentra correspondencia con el procedimiento para la resolución contractual conforme a los términos del artículo 169° del RLCE.

En efecto, está probado que, la parte perjudicada con el incumplimiento, esto es SEDAPAL emplazó válidamente a la parte que incumple mediante carta notarial, para que en un plazo no mayor de cinco días, cumpla con satisfacer la prestación debida, bajo apercibimiento de resolver el Contrato; y luego, vencido dicho plazo, se verificó que, pese al apercibimiento, el incumplimiento subsistió.

De lo expuesto en líneas anteriores, tenemos que el DEMANDADO cumplió con requerir a AQA QUÍMICA, es decir, SEDAPAL cumplió con una de las condiciones establecidas para la resolución del CONTRATO, al requerir el cumplimiento de las obligaciones que habrían estado a cargo del CONTRATISTA.

Además, al momento de resolver el CONTRATO queda claro que el incumplimiento atribuido a AQA QUÍMICA subsistía, de manera que la resolución efectuada por SEDAPAL corresponde a una causal válida prevista en el RLCE, el cual es claro en establecer que la ENTIDAD está facultada a resolver el contrato cuando se llegue a cubrir el monto máximo de la penalidad.

En atención a ello, no cabe duda que la resolución del CONTRATO efectuada por la ENTIDAD cumplió con las formalidades previstas en la LCE y el RLCE.

Al haberse acreditado que la resolución del CONTRATO cumple con los requisitos de forma y fondo establecidos en la legislación sobre contrataciones del Estado, se verifica que la misma es válida.

Por tal motivo, la segunda pretensión de la demanda debe ser declarada INFUNDADA.

TERCER PUNTO CONTROVERTIDO: "DETERMINAR SI CORRESPONDE O NO, DECLARAR QUE SEDAPAL CUMPLA CON RECIBIR Y PAGAR LOS EQUIPOS QUE SON OBJETO DEL CONTRATO DE ADQUISICIÓN DE BIENES N° 257-2012-SEDAPAL".

Este punto controvertido corresponde a la Tercera Pretensión Principal de la Demanda.

"Tercera Pretensión Principal: Recepción y pago por parte de SEDAPAL de los equipos que son objeto del Contrato de Adquisición de Bienes N° 257-2012-SEDAPAL".

POSICIÓN DE AQA QUÍMICA

Señala que habiendo acreditado que la resolución del CONTRATO resulta ineficaz, corresponde que SEDAPAL cumpla con recibir los bienes objeto del mismo, y consecuentemente, efectúe a favor de AQA QUÍMICA el pago respectivo por ellos, sin perjuicio del cobro de las penalidades que puedan haberse generado.

POSICIÓN DE SEDAPAL

Manifiesta que al haberse resuelto el CONTRATO por incumplimiento de las obligaciones contractuales del CONTRATISTA, y al encontrarse el procedimiento empleado sustentado y acorde a Ley, resulta infundada la tercer pretensión.

POSICIÓN DEL TRIBUNAL

Al resolver el punto controvertido anterior, el Tribunal concluyó que la resolución del CONTRATO llevada a cabo por la ENTIDAD resulta válida y eficaz, por lo que desestimó declararla inválida.

En ese sentido, no existiendo título que obligue a SEDAPAL a recibir y pagar los bienes que fueron objeto del Contrato de Adquisición de Bienes N° 257-2012-SEDAPAL, la tercera pretensión de la demanda debe declararse INFUNDADA.

EXTREMO: PRONUNCIAMIENTO SOBRE LOS COSTOS Y COSTAS

POSICIÓN DE AQU QUÍMICA

Expresa que aun cuando el principio procesal de costos y costas establece que el pago de estos corresponde a la parte vencida, no siendo necesario demandarlos, hace extensiva sus pretensiones al pago de los mismos, especificando que estos comprenden los honorarios de los árbitros, gastos administrativos del Centro, retribución del secretario, del Tribunal, honorarios del abogado patrocinante y todos los demás que correspondan.

POSICIÓN DE SEDAPAL

Indica que al haberse resuelto el Contrato por incumplimiento de las obligaciones contractuales del CONTRATISTA, y al encontrarse el procedimiento empleado sustentado y acorde a Ley, debe el DEMANDANTE asumir el 100% de los gastos arbitrales.

POSICIÓN DEL TRIBUNAL

El acuerdo arbitral contenido en la cláusula vigésima del CONTRATO, expresamente dispone:

“a) De conformidad al artículo 69° del Decreto legislativo N° 1071, las partes acuerdan que todos los gastos, costos y costas del proceso arbitral, serán de cargo de las partes”.

Al respecto, cabe tener en cuenta que los artículos 69 y 73 de la Ley de Arbitraje disponen lo siguiente:

Artículo 69.- Libertad para determinar costos.

Las partes tienen la facultad de adoptar, ya sea directamente o por referencia a reglamentos arbitrales, reglas relativas a los costos del arbitraje. A falta de acuerdo, el tribunal arbitral dispondrá lo conveniente, con sujeción a lo dispuesto en este título. (...)

Artículo 73.- Asunción o distribución de costos.

*1. El tribunal arbitral tendrá en cuenta a efectos de imputar o distribuir los costos del arbitraje, el acuerdo de las partes. A falta de acuerdo, los costos del arbitraje serán de cargo de la parte vencida. **Sin embargo, el tribunal arbitral podrá distribuir y prorratear estos costos entre las partes, si estima que el prorrateo es razonable, teniendo en cuenta las circunstancias del caso.** (El subrayado y las negritas son nuestras)*

Atendiendo al pacto de las partes pero, al mismo tiempo, la libertad que otorga la Ley de Arbitraje para la determinación de estos costos, ya que únicamente obliga al Tribunal Arbitral a tener en cuenta el pacto de las partes y, al mismo tiempo, claramente permiten que se consideren otros factores como la actitud procesal de las partes y el legítimo ejercicio del derecho de acción y de defensa, este Colegiado considera razonable disponer que cada una de las partes asuma los honorarios por concepto de su defensa legal en los que hubiera incurrido y que, en lo que corresponde a los costos administrativos y los honorarios arbitrales establecidos como consecuencia del presente proceso, deben ser asumidos por las partes en igualdad de condiciones. Es decir, cada parte asumirá el cincuenta por ciento (50%) de estos costos.

En tal sentido, por los argumentos expuestos en puntos anteriores y de acuerdo al orden de las pretensiones expuestas, el Tribunal Arbitral **EN DERECHO LAUDA:**

PRIMERO: Declarar **INFUNDADA** la **PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL** de la **DEMANDA**; en consecuencia no corresponde aprobar la ampliación de plazo solicitada por AQA QUÍMICA mediante Carta CV 012013-01, ni corresponde declarar invalidez de la Carta N° 08-2013 ERPrim del 21-01-2013 que deniega la ampliación de plazo solicitada.

SEGUNDO: Declarar **INFUNDADA** la **SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL** de la **DEMANDA**; en consecuencia no procede declarar invalidez de los actos que resuelven y notifican la resolución del Contrato de Adquisición de Bienes N° 257-2012-SEDAPAL.

TERCERO: Declarar **INFUNDADA** la **TERCERA PRETENSIÓN PRINCIPAL** de la **DEMANDA**; en consecuencia no procede ordenar a SEDAPAL recibir y pagar los equipos que fueron objeto del Contrato de Adquisición de Bienes N° 257-2012-SEDAPAL.

CUARTO: Fijar los honorarios del Tribunal Arbitral en la suma neta de S/.12,395.00 (Doce Mil Trescientos Noventa y Cinco con 00/100 Nuevos Soles) y los servicios de la Secretaría Arbitral la suma neta de S/. 4,500.00 (Cuatro Mil Quinientos con 00/100 Nuevos Soles), lo que hace un total de S/. 16,895.00 (Dieciséis Mil Ochocientos Noventa y Cinco con 00/100 Nuevos Soles) netos, conforme a la liquidación de honorarios dispuesta en este arbitraje.

QUINTO: Respecto de los costos y costas arbitrales, corresponde a cada parte asumir en partes iguales los honorarios del Tribunal Arbitral y los honorarios del secretario arbitral, correspondiendo a cada parte una de ellas asumir sus propios costos en los que han incurrido durante el arbitraje.

El presente laudo es inapelable y tiene carácter imperativo para las partes. En consecuencia, firmado, notifíquese para su cumplimiento a las partes.



ROLANDO EYZAGUIRRE MACCAN
Presidente del Tribunal Arbitral

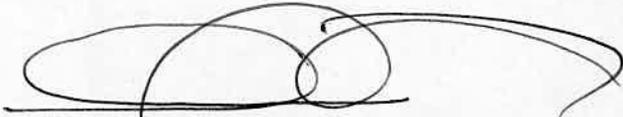




JUAN JOSÉ PÉREZ-ROZAS PONS
Árbitro



SERGIO ALBERTO TAFUR SÁNCHEZ
Árbitro



SILVIA RODRÍGUEZ VÁSQUEZ
Secretaria General de Conciliación y Arbitraje
Centro de Arbitraje PUCP

