

DEMANDANTE: **COMERCIO PERU S.R.L.**

DEMANDADO: **PROYECTO ESPECIAL AFIANZAMIENTO Y AMPLIACION
DE LOS RECURSOS HIDRICOS DE TACNA, GOBIERNO
REGIONAL TACNA**

ARBITRO UNICO: **NIDIA ROSARIO ELIAS ESPINOZA**

LAUDO ARBITRAL

Lauto Arbitral de Derecho, dictado en la ciudad de Lima, con fecha 02 de marzo de 2012, por el Árbitro Único Dra. Nidia Rosario Elías Espinoza, en el arbitraje seguido por Comercio Perú S.R.L. en contra del Proyecto Especial Afianzamiento y Ampliación de los Recursos Hídricos de Tacna, Gobierno Regional Tacna.

Resolución Nº 09

Lima, 05 de marzo del año 2012

VISTOS:

I.- ANTECEDENTES

1. Existencia del Convenio Arbitral:

Con fecha 13 de Octubre del 2009, las partes del proceso arbitral suscribieron el Contrato Nº 053-2009-GRT-PET, Contrato de Servicio de Consultoría "Elaboración del Análisis de Riesgo Articulado a la Organización y Gestión de Factibilidad Mejoramiento y Ampliación de la Provisión de Agua para el Desarrollo Agrícola en el Valle de Tacna Vilavilani II Fase I", en adelante El Contrato. En la Cláusula Décimo Tercera- Solución de Controversias- se estableció que cualquier controversia sobre la ejecución o interpretación del Contrato se solucionaría por Conciliación y Arbitraje de Derecho.

2. Designación del Árbitro Único:

De conformidad con el artículo 222º del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado aprobado mediante Decreto Supremo Nº 184-2008-EF, al no haber acuerdo expreso entre las partes, el Organismo Superior de las Contrataciones del Estado, mediante designó como Árbitro Único a la Dra. Nidia Rosario Elías Espinoza la misma que aceptó el cargo y que suscribe el presente laudo, declarando que no tiene ninguna incompatibilidad o compromiso con las partes y que se desenvolverá con imparcialidad, independencia y probidad.



3. Audiencia de Instalación:

Con fecha 10 de setiembre de 2010 se llevó a cabo la audiencia de instalación del Árbitro Único con la presencia de los representantes por Comercio Perú S.R.L. Mirko Iván Avendaño Quevedo y por el Proyecto Especial Afianzamiento y Ampliación de los Recursos Hídricos de Tacna, Gobierno Regional Tacna el Señor Fermín Garnica Tello, con DNI 07607508 y la Procuradora Maritza Marlene Esther Rospigliosi Vásquez.

4. Presentación de Demanda:

Con fecha 27 de setiembre de 2010, Comercio Perú S.R.L., representada por su Gerente General Lic. Mirko Iván Avendaño Quevedo, presentó su respectiva demanda.

Mediante Resolución Nº 01 de fecha 28 de setiembre de 2010, se resolvió admitir la demanda y darse por ofrecido los medios probatorios. De igual forma, se corrió traslado de la demandada Proyecto Especial Afianzamiento y Ampliación de los Recursos Hídricos de Tacna, Gobierno Regional Tacna para que en el plazo de diez (10) hábiles exprese lo conveniente a su derecho.

El Sr. Mirko Iván Avendaño Quevedo interpone demanda contra el Proyecto Especial Afianzamiento y Ampliación de los Recursos Hídricos de Tacna, Gobierno Regional Tacna, a efectos que se declare fundada las siguientes pretensiones:

Que se declare la nulidad de la Resolución Gerencial Nº 128-2010-GRT-GG-PET de fecha 12 de marzo de 2010.

Que admita como válido en todas sus partes el informe de Análisis de Riesgo Articulado a la Organización del Estudio de Factibilidad del Proyecto: "Mejoramiento y Ampliación de la Provisión de Agua para el Desarrollo Agrícola en Valle de Tacna-Vilavilani II Fase I" y se dé por cumplido el contrato en todas sus partes, con expresa condena de costas, costos, daños y perjuicios ascendente a la suma de S/. 50 000,00 Nuevos Soles.

5. Contestación de la demanda:

Mediante Resolución Nº 2 de fecha 18 de febrero de 2011, el Árbitro Único resolvió declarar inadmisible la excepción de caducidad interpuesta por el demandado, que fuera incluida dentro del escrito de contestación de demanda de fecha 13 de enero de 2011.

Asimismo, resuelve declarar saneado el proceso, luego que las partes no han cuestionado la relación jurídica establecida entre ellas en virtud del presente proceso.

Mediante Resolución Nº 03 de fecha 31 de mayo de 2011 se resolvió que conforme a los numerales 16 y 18 del Acta de Instalación, habiendo transcurrido en exceso los plazos para la

formulación de las tachas y oposiciones a los medios ofrecidos, corresponde citar a las partes a la Audiencia de Saneamiento, Conciliación y Fijación de Puntos Controvertidos.

La abogada Maritza Marlene Esther Rospligliosi Vásquez, Procuradora Adjunta de Gobierno Regional Tacna, mediante la contestación de la demanda postuló las siguientes pretensiones:

Que se declare Infundada la Primera Pretensión Principal referida a que se declare la nulidad de la Resolución Gerencial N° 128-2010-GRT-GG-PET de fecha 12 de marzo de 2010.

Que se declare Improcedente la Segunda Pretensión Principal referida al pago de daños y perjuicios, costas y costos del proceso.

6. Reconvención

En el citado escrito de fecha 13 de enero de 2011, el Proyecto Especial Afianzamiento y Ampliación de los Recursos Hídricos de Tacna, Gobierno Regional Tacna, reconviene solicitando:

Mediante la contestación de la demanda el Proyecto Especial Afianzamiento y Ampliación de los Recursos Hídricos de Tacna, Gobierno Regional Tacna reconviene solicitando las siguientes pretensiones:

Que como consecuencia de la declaración de validez de la Resolución Gerencial N° 128-2010-GRT-GG-PET de fecha 12 de marzo de 2010 que resuelve el Contrato N° 053-2009-GRT-PET, por la causal de incumplimiento injustificado de las obligaciones contractuales, al no haber cumplido el contratista con la subsanación de las observaciones formuladas por la entidad, de conformidad a lo establecido en el Contrato y en armonía a lo dispuesto por el artículo 1148º del Código Civil, que establece. "El obligado a la ejecución de un hecho debe cumplir la prestación en el plazo y modo pactado", estando en caso de incumplimiento del contratista, obligado a indemnizar al Proyecto Especial Tacna, por los daños y perjuicios ocasionados, conforme a lo establecido en el artículo 1152º del Código Civil, cuyo monto será calculado oportunamente por el perito profesional que su instancia tendrá a bien designar.

Que se aplique la máxima penalidad ascendente al contratista, por el retraso injustificado en el cumplimiento de las prestaciones, de conformidad con lo establecido por el artículo 165º del Reglamento, las cuales serán calculadas igualmente por el perito profesional que se designe.

7. Contestación de la Reconvención

Mediante escrito de fecha 26 de abril del 2011, COMERCIO PERU S.R.L absuelve la reconvención, solicitando que la misma sea declarada infundada, en mérito a los siguientes fundamentos:

Los daños y perjuicios que reclama la parte demandada en caso que existieran, no se acredita con ningún medio probatorio objetivo, por lo serían de entera responsabilidad del Proyecto Especial Tacna-PET por la incompetencia y carencia de criterio técnico del personal del PET, que no está a la altura de los profesionales que han elaborado el proyecto, tanto así que ni siquiera están en la capacidad de entender en su magnitud y en su integridad el trabajo presentado tantas reiterado en su conceptualización.

No podríamos ni tendríamos porque responder por daños y perjuicios que no existen y que si fuera el caso serían de entera responsabilidad del personal PET que más que técnicos son políticos y que por tanto serían ellos los responsables del perjuicio que se reclama y más bien definitivamente son los responsables del proceso materia de litis.

Con relación a las penalidades que se nos aplique la máxima penalidad, alegando retraso injustificado en cumplimiento de las prestaciones, a este respecto debemos indicar que las observaciones formuladas al trabajo presentado han sido satisfechas oportunamente dentro del marco y término legal, por tanto no se puede aducir penalidad alguna máxime si se encuentra en un proceso arbitral.

Audiencia de Conciliación y Determinación de Puntos Controvertidos

Con fecha 23 de junio de 2011 se llevó a cabo la Audiencia de Conciliación y Determinación de Puntos Controvertidos con la asistencia de todas las partes.

Ante la propuesta del Árbitro Único para llegar a un acuerdo conciliatorio, las partes manifestaron la imposibilidad de arribar a un acuerdo conciliatorio. Asimismo, en esta audiencia se declaró saneado el proceso arbitral y se fijaron los puntos controvertidos.

A su vez, en la referida audiencia se admitieron los medios probatorios ofrecidos por las partes. Respecto de los medios probatorios ofrecidos por el Contratista presentados en el escrito de demanda de fecha 24 de setiembre de 2010, se admiten lo señalado en el ítem VII Medios Probatorios, que corren desde Nº 1 al 13.

Respecto de los medios probatorios por parte de la Entidad, se admiten los medios ofrecidos en su escrito de contestación de demanda de fecha 13 de enero de 2011, los consignados en el ítem medios probatorios que corren desde la letra "A" a la H".

Conforme a la Audiencia de Fijación de Puntos Controvertidos corresponde al Árbitro Único:

Pretensiones de COMERCIO PERÚ S.R.L.

- Determinar si corresponde declarar la Nulidad de la Resolución Gerencial Nº 128-2010-GRT-GG-PET de fecha 12 de marzo de 2010 que resuelve el contrato de servicio de Consultoría Nº 053-2009-GRT-PET y se admite como válido en todas sus partes el informe del estudio "Elaboración del Análisis de Riesgo Articulado a la Organización y

Gestión de Factibilidad Mejoramiento y Ampliación de la Provisión de Agua para el Desarrollo Agrícola en el Valle de Tacna Vilavilani II Fase I", y se dé por cumplido el contrato en todas sus partes.

- Determinar si corresponde el pago de S/. 50 000,00 (cincuenta Mil y00/100 Nuevos Soles) por concepto de costos, costas más daños y perjuicios.
- Determinar a quién y en qué proporción corresponde el pago de los costos, costas y gastos arbitrales que genere el proceso arbitral.

Pretensiones de Proyecto Especial Afianzamiento y Ampliación de los Recursos Hídricos de Tacna, Gobierno Regional Tacna:

- Determinar si corresponde la indemnización a favor de la demandada.
- Determinar si corresponde aplicar penalidad al demandante.
- Determinar la procedencia de la Excepción de caducidad

Asimismo, se procedió a admitir los medios probatorios ofrecidos por las partes en sus escritos de demanda, contestación de demanda y reconvención.

7. Presentación de Alegatos e Informes Orales:

Con fecha 18 de octubre de 2011 se llevó a cabo la Audiencia de Informes Orales. En ella, el Árbitro Único concedió el uso de la palabra a la Procuradora Pública Dra. Carina Valcárcel Torre. Se dejó constancia de la inasistencia del representante de la contratista Comercio Perú S.R.L. Asimismo, el Árbitro Único fijo el plazo para laudar de veinte días contados desde la presente audiencia y una prorroga de en 20 días hábiles más, a partir del día siguiente de vencido el primero, venciendo el 16 de diciembre de 2011.

El 30 de noviembre de 2011, Comercio Perú S.R.L. presentó un escrito de fecha 28 de noviembre de 2011, a través del cual comunica al árbitro único que ha tenido conocimiento que se ha llevado a cabo la audiencia de informes orales, a la cual no asistió debido a que no fue notificado formalmente.

El árbitro único en virtud al principio del debido proceso, mediante Resolución Nº 07 de fecha 12 de diciembre de 2011 resuelve declarar la nulidad de la Resolución Nº 06 de fecha 29 de setiembre del 2011 en el extremo que citó a las partes a la Audiencia de Informes Orales para el 18 de octubre de 2011; y el Acta de Audiencia de Informe Oral de fecha 18 de octubre de 2011. y por su efecto, SUSPÉNDE el plazo para laudar hasta la realización de una nueva

Audiencia de Informes Orales, la cual se llevará a cabo el día 9 de enero de 2012 a horas 3:30pm, por las consideraciones expuestas en la referida resolución.

Con fecha 09 de enero de 2012 se llevó a cabo la Audiencia de Informes Orales. En ella, el Árbitro Único concedió el uso de la palabra por el lapso de 10 minutos al representante de la empresa Comercio Perú S.R.L. Sr. Manuel Jesús Pimentel Miranda para que sustente sus alegatos. Asimismo, otorgó el uso de la palabra por el lapso de 10 minutos al representante del Proyecto Especial de Afianzamiento y Ampliación de los Recursos Hídricos de Tacna Sr. Rafael Walter Rodríguez Taype. Adicionalmente a solicitud de las partes, el Árbitro Único otorgó el uso de la palabra por 05 minutos adicionales a cada parte demandada. El Árbitro Único efecto las preguntas que consideró pertinentes.

Asimismo, el Árbitro Único fijo el plazo para laudar de veinte días contados desde la presente audiencia y una prorroga de en 20 días hábiles más.

II.- CONSIDERANDO

1. Sobre la Contestación de la demanda y Excepción de Caducidad presentada por el Proyecto Especial Afianzamiento y Ampliación de los Recursos Hídricos de Tacna, Gobierno Regional Tacna.

En primer término resulta necesario que el árbitro único se pronuncie respecto a la Excepción de Caducidad formulada por el Proyecto Especial Afianzamiento y Ampliación de los Recursos Hídricos de Tacna, Gobierno Regional Tacna en su escrito de fecha 13 de enero de 2011

Sobre el particular, el Proyecto Especial Afianzamiento y Ampliación de los Recursos Hídricos de Tacna, Gobierno Regional Tacna ha deducido la Excepción de Caducidad que en este arbitraje, señalando en resumen lo siguiente:

- Con Resolución Gerencial Nº 128- 2010-GRT-PET-GG de fecha 12 de marzo de 2010 se resuelve el Contrato de Consultoría Nº 053-2009-GRT-PET pre citado, por la causal incumplimiento injustificado de obligaciones contractuales, al no haber cumplido el contratista con la subsanación de las observaciones formuladas por la entidad
- Que el contratista al no encontrarse conforme con la Resolución citadas en el párrafo precedente, con fecha 29 de marzo de 2010 interpone Recurso de Reconsideración ante el Proyecto Especial Tacna, al haber sido notificado por Carta Notarial de fecha 12 de marzo de 2010, expidiéndose con fecha 06 de abril de 2010 la Resolución Gerencial Nº 164-2010 GRT-PET, GG que declaró improcedente el Recurso de Reconsideración presentado por el accionante.
- Que el Contrato suscrito fue celebrado dentro del marco de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobada por Decreto Legislativo Nº 1017 y su Reglamento aprobado por

Decreto Supremo N° 184-2008-EF, aplicándose en su Resolución, la causal prevista en el artículo 168º inciso 1) del Reglamento

- Equivocadamente el contratista, al no estar conforme con la Resolución de Contrato es que recurre en recurso de reconsideración ante el Proyecto Especial Tacna, como instancia jerárquica que no es competente para conocer asuntos de esta materia, siendo a través de la conciliación y arbitraje la vía idónea para solucionar las controversias suscitadas, por mandato expreso de la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento.
- Que, asimismo el consultor, erróneamente con fecha 05 de abril de 2010, presenta solicitud de Arbitraje Institucional inobservado lo acordado contractualmente en la Cláusula Décimo Tercera, último párrafo, del contrato suscrito, en el que se pactó de común acuerdo que, en caso de ocurrir alguna controversia en la etapa de ejecución contractual, se recurrirá bien a la conciliación y arbitraje, siendo este último caso resuelto por uno o tres árbitros, de acuerdo a lo que determinen las partes, a falta de éste o en caso de duda, sería resuelto por Árbitro Único.
- Que, al contravenir el Contratista lo pactado y lo dispuesto por el artículo 52º de la Ley, concordante con el artículo 215 de su Reglamento, que coinciden en señalar que, en caso de surgir controversias, éstas se deberán resolver siguiendo el procedimiento acordado, siendo en el presente caso lo pactado, bien un arbitraje ad hoc o único, así como lo dispuesto en el Código Civil que establece en su artículo 1361: " Los contratos son obligatorios en cuanto se haya expresado en ellos" mediante Oficio N° 432-210-GRT-PET-GG de fecha 12 de abril del 2010, se rechazó su solicitud.
- Sin embargo, con fecha 07 de mayo del 2010, habiendo transcurrido en exceso el plazo de quince días hábiles que le franquea la Ley y su Reglamento, para haber recurrido en conciliación y/o arbitraje ante la Entidad, conforme a lo pactado en el contrato de conformidad al artículo 52º de la Ley que señala "... Las controversias que surjan entre las partes, desde la suscripción del contrato, sobre su ejecución, interpretación, resolución, inexistencia, ineficacia o invalidez, se resolverán mediante conciliación y/o arbitraje, según acuerdo de partes..." el contratista permitió que caducara el plazo de 15 días previsto por los artículos 170 y demás pertinentes del Reglamento; quedando consecuentemente consentida y ejecutable la Resolución Gerencial N° 128-2010-GRT-GG-PET, lo cual se demuestra fehacientemente con la Carta s/n presentada por el contratista en forma extemporánea con fecha 07 de mayo del 2010, designando árbitro, acto con el cual quiso corregir su planteamiento inicial de interponer erróneamente en forma casi paralela, recurso administrativo de Reconsideración y solicitud de Arbitraje Institucional, quebrantando lo acordado contractualmente de mutuo acuerdo, y lo previsto por la Ley, su Reglamento y nuestro ordenamiento civil.

Consecuentemente, lo que interesa saber es si se ha producido en el presente caso la caducidad del derecho para poder reclamar dichas pretensiones en un proceso arbitral, lo que

Comercio Perú S.R.L. habría sucedido por no haberse respetado en esencia los plazos previstos en la Cláusula Décimo Tercera.

Sobre este extremo el Árbitro Único considera que en la Ley de Contrataciones del Estado en su artículo 52º señala expresamente que:

"Las controversias que surjan entre las partes sobre la ejecución, interpretación, resolución, inexistencia, ineficacia, nulidad o invalidez del contrato, se resolverán mediante conciliación o arbitraje, según el acuerdo de las partes, debiendo solicitarse el inicio de estos procedimientos en cualquier momento anterior a la fecha de culminación del contrato, considerada esta de manera independiente. Este plazo es de caducidad, salvo para los reclamos que formulen las Entidades por vicios ocultos en los bienes, servicios y obras entregados por el contratista, en cuyo caso, el plazo de caducidad será el que se fije en función al artículo 50º de la presente norma, y se computará a partir de la conformidad otorgada por la Entidad".

Por la citada norma, es la que establece el plazo de caducidad del derecho, no remitiendo a ninguna disposición reglamentaria ni a las partes la posibilidad de establecer oportunidades ni plazos menores. Asimismo, es importante tener en cuenta que conforme al artículo 2004º del Código Civil "*Los plazos de caducidad los fija la ley, sin admitir pacto en contrario*".

Por ello, en el presente caso no ha caducado el derecho del consultor Comercio Perú S.R.L. de exigir sus pretensiones en un proceso arbitral.

2. Respecto a determinar si corresponde declarar la nulidad de la Resolución Gerencial N° 128-2010-GRT-GG-PET de fecha 12 de marzo de 2010.

Al respecto debe considerarse lo siguiente

COMERCIO PERU S.R.L. afirma lo siguiente:

- El estudio de análisis de riesgo presentado por la consultora Comercio Perú S.R.L en cumplimiento al Contrato N° 053-2009-GRT-PET, con la consultora Comercio Perú S.R.L en fecha 13.10.2009, no ha sido revisado por la entidad contratante, y sin la revisión debida, se ha resuelto el contrato de parte del PET, transgrediendo el contrato y el Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.
- La falta de revisión se evidencia al no existir un documento que lo acredite. Los informes de revisión a los primeros documentos se transcriben y se resumen en la presente demanda, en los que se evidencia una revisión detallada, lo cual no ocurre con un tercer o último documento presentado por la Consultora.

- Sobre los puntos en conflicto no se puede invocar ni detallar, pues el estudio materia del contrato no ha sido revisado, solo se cuenta con las observaciones a documentos anteriores que han sido superados con el último documento no revisado. En consecuencia se debe dejar sin efecto declarando nula la resolución dictada por el GOBIERNO REGIONAL DE TACNA, la misma que arbitrariamente resuelve el contrato celebrado entre las partes.

Por su parte, El Proyecto Especial Afianzamiento y Ampliación de los Recursos Hídricos de Tacna, Gobierno Regional Tacna afirma principalmente lo siguiente:

- La demanda se expresa en argumentos contradictorios, señala que el estudio "no ha sido revisado" por la entidad contratante; luego dice: sin la revisión debida se ha resuelto el contrato; luego sostiene que: la falta de revisión, para finalmente señalar: "los informes de la revisión a los primeros documentos se transcriben y se resumen en la presente demanda, en los que se evidencia una revisión detallada".
- De lo expresado se concluye que el Consultor acepta que los informes si han sido revisados detalladamente, trasladando el fundamento de la demanda a una supuesta falta de revisión al documento presentado como consecuencia de la Carta Notarial N° 097-2010 de fecha 27 de enero de 2010.
- El Proyecto Especial Tacna ha tenido toda la predisposición de obtener el cumplimiento de un servicio de consultoría de acuerdo a la envergadura y nivel del Proyecto Vilavilani II Fase I, que venía desarrollando a nivel de factibilidad en el marco del Sistema de Inversión Pública
- En ese sentido, el Reglamento de la Ley, establece para la recepción y conformidad, artículo 176º la observación del servicio en una oportunidad, para lo cual faculta el otorgamiento de un plazo entre 2 y 10 días dependiendo de la complejidad del servicio, para el levantamiento de observaciones, señalando además que en caso de incumplimiento a cabalidad con la subsanación, la entidad podrá resolver el contrato.
- En aplicación del criterio de la Entidad podría resolver el contrato, en consideración al monto del contrato, al plazo de ejecución del servicio, la oportunidad de su entrega, la necesidad del servicio, se otorgó al Contratista la posibilidad de levantar las observaciones, tales como:
 - Carta Notarial 097-2010-Levantamiento de Observaciones (27.01.2010)
 - Oficio N° 003-2010-GRT-PET-GG (05.01.2010)
 - Oficio N° 1523-2009-GRT-PET-GG (04.12.2009)
 - Oficio N° 1407-2009-GRT-PET-GG (10.11.2009)

- No es cierto lo que señala el contratista que la última versión del informe final del estudio remitido mediante Carta s/n de fecha de recepción 08.02.2010, no ha sido revisado, pues la Oficina de Pre Inversión del Proyecto Especial Tacna, se procedió a la revisión del citado documento, efectuando una serie de observaciones al mismo mediante Informe Nº 017-2010-GRT-PET pre inv/DCM de fecha 17.02.2010, lo cual con llevó a que la Gerencia de Estudios y Proyectos Especial Tacna, mediante Oficio Nº 120-2010-GRT-PET-GEP de fecha 19.02.2010, solicita a la Gerencia General que al no haberse cumplido con el levantamiento de observaciones, al amparo de los artículos 168 y 169 del Reglamento, merituar la resolución del contrato, previa opinión de la Oficina de Supervisión y Monitoreo y Asesoría Jurídica.

Al respecto, resulta necesario señalar lo siguiente:

En las Bases, Términos de Referencia y el Contrato Nº 053-2009-GRT-PET derivado de la Adjudicación de Menor Cuantía Nº 029-2009-GRT-PET, se establece entre otras, la obligación de COMERCIO PERU S.R.L de prestar el servicio de consultoría "Elaboración del Análisis de Riesgo Articulado a la Organización y Gestión de Factibilidad Mejoramiento y Ampliación de la Provisión de Agua para el Desarrollo Agrícola en el Valle de Tacna Vilavilani II Fase I" de conformidad con la Especificaciones Técnicas establecidas en las Bases.

De acuerdo Oficio Nº 1407-2009-GRT-PET-GG que adjunta el Informe Nº 099-2009-GRTH-PET-GEP-Pre Inv/DCM de la oficina de Estudio de Pre Inversión, manifiesta que luego de la revisión practicada al documento se ha determinado que este no se ajusta a los Términos de Referencia que son parte del contrato, por lo que se declara el mismo como observado, recomendando que proceda al levantamiento de observaciones y su adecuación a lo solicitado por el contrato.

En atención a ello, la Gerencia General del Gobierno Regional Tacna cursa el Oficio Nº 1407-2009-GRT-PET-GG de fecha 10 noviembre de 2009 al Consultor COMERCIO PERU S.R.L. para que subsane las observaciones planteadas.

El Consultor mediante Carta de fecha 24 de noviembre de 2009 presenta en original y dos copias y un CD el documento denominado "Análisis de Riesgo Articulado a la Organización y Gestión de Factibilidad Mejoramiento y Ampliación de la Provisión de Agua para el Desarrollo Agrícola en el Valle de Tacna Vilavilani II Fase I".

Mediante Oficio Nº 1375-2009-GRT-PET-GEP-Pre Inv/DCM que adjunta el Informe Nº 0110-2009-GRT-PET-GG de fecha 25 noviembre de 2009 de la Oficina de Estudio de Pre Inversión, manifiesta que luego de practicada al documento se ha determinado que no se ha levantado las observaciones formuladas, ya que no se ajusta a los Términos de Referencia que son parte del contrato. El consultor deberá tener presente tal como se indica en los Términos de Referencia que el nivel de estudio corresponde a Factibilidad, debiendo identificar claramente luego de un análisis los principales riesgos a los cuales el proyecto se halla expuesto, luego de efectuar un análisis cualitativo y cuantitativo del riesgo, aplicando metodologías, dependiendo de la naturaleza del proyecto, la disponibilidad de recursos y tiempo, que influyen en el tipo de técnica a utilizar.

El Consultor mediante Carta de fecha 21 de diciembre de 2009 presenta en original y tres copias y un CD el análisis de riego, con el levantamiento de observaciones contenidas en los informes producto de la revisión de los documentos presentados.

El Árbitro Único considera que la pretensión del Proyecto Especial Afianzamiento y Ampliación de los Recursos Hídricos de Tacna, Gobierno Regional Tacna, no debe ser amparada, en virtud de los siguientes fundamentos:

- Los términos de referencia propiamente dichos, son la pauta a seguir por la empresa consultora para el desarrollo del estudio. Los mismos se deben de elaborar de tal forma que se "acerquen" lo mejor posible a lo que se pretende lograr, es decir, que se deben de adaptar y formular de acuerdo a las características del proyecto que se quiera implementar.
- Cuando los estudios son contratados, mediante la selección de una empresa consultora, los términos de referencia significan para las partes involucradas, un elemento de negociación técnica y económica y, en tal sentido, deberán ser muy precisos y contener en detalle lo que se pide al consultor, lo cual asegurará que, para un determinado concurso, las propuestas presentadas sean compatibles y de esta manera, se facilite su posterior evaluación.
- Ahora bien, de la revisión de los Términos de Referencia, se ha determinado que la Entidad ha elaborado los mismos con características, condiciones y obligaciones de manera general, poco específica y precisa, que permita determinar o exigir el cumplimiento de los mismos con estricta sujeción a los requerimientos de la Entidad, lo que ha generado que el Consultor a su criterio elija los métodos y técnicas, entre otros aspectos para elaborar el estudio objeto del contrato.
- Prueba de ello, encontramos que los Términos de Referencia, numeral 4) respecto al Análisis Cuantitativo y Cuantitativo del Riesgo, señala que: "El análisis cuantitativo del riesgo a menudo sucede al análisis cualitativo del riesgo, aunque ambos procesos pueden llevarse por separado o simultáneamente. En algunos proyectos el equipo puede solamente ejecutar el análisis cualitativo. La naturaleza del proyecto y la disponibilidad de tiempo y dinero influyen en el tipo de técnica a utilizar. Los proyectos grandes y complejos que involucran tecnología de punta requieren la aplicación de técnicas cuantitativas..."

Con esta definición queda claro que el consultor puede optar por el método de análisis cualitativo, por las razones señaladas en el texto transscrito, lo que implica por ejemplo que por disponibilidad de tiempo, en el presente caso según términos de referencia, numeral 9) del plazo de ejecución del servicio que fue de 15 días, aspecto que

determina que el proyecto no es un proyecto grande, ni complejo, menos un proyecto que involucra tecnología de punta.

Sin embargo, la entidad pretender exigir al consultor mediante sus términos de referencia y observaciones al informe la elaboración de un análisis de un proyecto grande o complejo que involucra tecnología de punta.

- Lo señalado conlleva a señalar que no existe proporcionalidad entre lo que se exige y los recursos disponibles (S/. 20 000,00 Nuevos Soles) y el monto de inversión del proyecto de inversión pública "Mejoramiento y Ampliación de la Provisión de Agua para el Desarrollo Agrícola en el Valle de Tacna – Villavilani II-Fase I" (S/. 262 000 000,00) tal como se advierte de la Ficha de Registro – Banco de Proyectos, Código SNIP Nº 58358.
- De otro lado, es importante precisar que a consideración del Árbitro Único y de acuerdo a lo establecido en la Directiva General del Sistema Nacional de Inversión Pública, Resolución Directoral Nº 002-2009-EF/68.1 Anexo SNIP 07-V1.0 del 10 de febrero de 2009, Contenidos Mínimos- Factibilidad, el Análisis de Riesgo debió incluirse en el estudio de factibilidad, toda vez que el numeral 3.4. Planteamiento técnico de la alternativa de la referida directiva, establece lo siguiente:

La alternativa seleccionada deberá estar totalmente definida en todos sus aspectos como: localización, tecnología de producción o de construcción, tamaño óptimo, etapas de construcción y operación, vida útil del proyecto, organización y gestión, etc. El diseño de la alternativa deberá incluir acciones para reducir los probables daños y/o pérdidas que se podrán generar por la probable ocurrencia de desastres durante la vida útil del proyecto.

Se deberá especificar las metas a ser cubiertas por la alternativa, con el sustento respectivo.

Se deberá señalar el requerimiento de consultorías, infraestructura, equipamiento, recurso humano simple y especializado y otros, necesarios para la implementación del proyecto. (...)

(Lo resaltado es nuestro)

- Lo señalado obedece a que si bien la Directiva General del Sistema Nacional de Inversión Pública, Resolución Directoral Nº 002-2009-EF/68.1 Anexo SNIP 07-V1.0 del 10 de febrero de 2009, no regula expresamente que el análisis de riesgo debe incluirse en el estudio de factibilidad, como si lo señala la vigente, Directiva General del Sistema Nacional de Inversión Pública, Resolución Directoral Nº 003-2011-EF/68.1 Anexo SNIP

07, sin embargo este contenido mínimo se encuentra implícito en las disposiciones del Anexo SNIP 07 que permiten una adecuada implementación del proyecto.

- De otro lado, en opinión del Árbitro Único y contrario a la lógica expresada por la entidad en la contestación de la demanda, lo cierto es que cuando se afirma que mediante Oficio N° 1523-2009-GRT-PET-GG de fecha 04 de diciembre del 2009 y con Oficio N° 003-2010-GRT-PET-GG del 05 enero del 2010 se han detectado otras observaciones, se pone de manifiesto que el nuevo pronunciamiento del PET contiene observaciones que superan lo detectado inicialmente, con lo cual se habría transgredido los alcance de lo previsto en el contrato y los términos de las disposiciones legales citadas en los párrafos precedentes, toda vez que las observaciones que se formulen deben comprender todos los aspectos que deben ser reformulados o sustentados y no formular posteriormente nuevas sino por razones sobrevinientes a la primera evaluación
- En conclusión las Bases correspondientes de la Adjudicación de Menor Cuantía N° 029-2009-GRT-PET son generales respecto de las características y/o condiciones con las cuales debe contar el informe elaboración del análisis de riesgo articulado a la Organización y Gestión de Factibilidad Mejoramiento y Ampliación de la Provisión de Agua para el Desarrollo Agrícola en el Valle de Tacna Vilavilani II Fase I objeto del servicio; por lo que no es posible exigir al consultor aspectos que superan, o no fueron contemplados en los términos de referencia, que implique mayor disponibilidad de tiempo y presupuesto, lo contrario implicaría un enriquecimiento por parte de la Entidad.
- Por lo señalado, la resolución del Contrato N° 053-2009-GRT-PET que se llevó a cabo a través de la Resolución Gerencial N° 128-2010-GRT-GG-PET de fecha 12 de marzo de 2010 por el Proyecto Especial Afianzamiento y Ampliación de los Recursos Hídricos de Tacna, Gobierno Regional Tacna no es válida, ya que COMERCIO PERU S.R.L. cumplió con los Términos de Referencia para la elaboración el Análisis de Riesgo Articulado a la Organización y Gestión de Factibilidad Mejoramiento y Ampliación de la Provisión de Agua para el Desarrollo Agrícola en el Valle de Tacna Vilavilani II Fase, y el Informe entregado por éste cumplió a cabalidad con los mismos.

3. Respecto a determinar si corresponde el pago de S/. 50 000,00 (cincuenta Mil y 00/100 Nuevos Soles) por concepto de costos, costas más daños y perjuicios a la demandante

En relación a este extremo, según la demanda este punto controvertido se haya referido a determinar si corresponde que se reconozca a la demandante alguna indemnización por daños y perjuicios.

De la revisión de lo actuado en este proceso, el Árbitro Único considera que el demandante no ha acreditado los daños y perjuicios que pide se le reconozcan, siendo que no basta con

solicitar que el órgano jurisdiccional otorgue daños y perjuicios, sino que éstos deben ser debidamente acreditados en su realización, y sólo sin ser acreditados pueden concederse.

Incluso es posible que de acreditarse los daños, y si hubiese duda respecto del monto, el mismo juzgador puede determinar prudencialmente su importe, pero ello no significa que correspondan al Árbitro Único acreditar el daño, sino que ello debe serle expresamente indicado y probado, lo que no ha sucedido en el presente caso.

4. Respecto a determinar si corresponde en caso de incumplimiento del contratista, el pago de una indemnización al Proyecto Especial Tacna, por los daños y perjuicios ocasionados

El Árbitro Único considera que la pretensión del Proyecto Especial Afianzamiento y Ampliación de los Recursos Hídricos de Tacna, Gobierno Regional Tacna, no debe ser amparada, en virtud de los siguientes fundamentos:

- El artículo 170º del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado por D.S. N° 184-2008-EF, establece que en los casos de resolución contractual en los cuales la parte perjudicada sea la Entidad, ella ejecutará las garantías que el contratista hubiera otorgado, sin perjuicio de la indemnización por los daños y perjuicios ulteriores que pueda exigir.
- Al no existir una regulación de la figura de la indemnización ni en la Ley de Contrataciones del Estado, D.L 1017, ni en su Reglamento aprobado por D.S. N° 184-2008-EF, corresponde remitirnos al Código Civil, el cual resulta aplicable en virtud de lo señalado en su artículo IX del Título Preliminar.
- En tal sentido, resulta necesario remitirnos a lo establecido en el artículo 1331º del Código Civil, el cual señala literalmente que "La prueba de los daños y perjuicios y de su cuantía también corresponde al perjudicado por la inejecución de la obligación, o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso".
- En consecuencia, al haberse determinado en el considerando segundo de este Laudo que la resolución contractual efectuada por el Proyecto Especial Afianzamiento y Ampliación de los Recursos Hídricos de Tacna, Gobierno Regional Tacna no es válida, al existir no incumplimiento por parte de COMERCIO PERÚ S.R.L., el demandado no se encuentra habilitado para exigir indemnización alguna.

5. Respecto a determinar si corresponde la aplicación de la penalidad a la demandante.

El artículo 222º del Reglamento regula la aplicación de la "*penalidad por mora en la ejecución de la prestación*", precisando que "*En caso de retraso injustificado en la ejecución de las prestaciones objeto del contrato, la Entidad le aplicará al contratista una penalidad por cada día*

de atraso, 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."

De esta manera, la normativa de contrataciones del Estado ha previsto la aplicación de una "penalidad por mora en la ejecución de la prestación" al contratista que, injustificadamente, se retrase en la ejecución de las prestaciones objeto del contrato.

Cabe precisar que la finalidad de esta penalidad es desincentivar el incumplimiento del contratista, así como resarcir a la Entidad por el perjuicio que el retraso en la ejecución de las prestaciones le hubiera causado.

Al respecto, resulta necesario señalar lo siguiente:

- En el presente caso, la Entidad a través del Oficio Nº 1407-2009-GRT-PET-GG de fecha 10 de noviembre de 2009, comunicó al Consultor que el "Análisis de Riesgo Articulado a la Organización y Gestión de Estudio de Factibilidad, no se ajusta a los términos de referencia, por lo que es observado y recomienda que se proceda al levantamiento de observaciones y su adecuación a lo solicitado de acuerdo al contrato.
- Asimismo, mediante Oficio Nº 1523-2009-GRT-PET-GG de fecha 04 de noviembre de 2009, señala que luego de la revisión practicada al informe se ha determinado que no se ha levantado las observaciones formuladas en el Oficio Nº 1375-2009-GRT-PET-GEP e Informe Nº 110-2009-GRT-PET-Pre-Inv/DCM.
- Con Oficio Nº 003-2010-GRT-PET-GG de fecha 15 de enero de 2010 la Entidad le solicita al Consultor que señale la ubicación del levantamiento de observaciones, indicando ítem y página, a fin de que facilite la revisión y detectar el levantamiento de observación.
- Posteriormente, la Entidad mediante Carta Notarial de fecha 27 de enero de 2010 le otorga al Contratista un plazo de 05 días, a fin de que cumpla con levantar las observaciones formuladas, bajo apercibimiento de resolver el contrato de conformidad con el artículo 169º del Reglamento.
- En razón que la Entidad, como se ha señalado líneas arriba concedió al Consultor la oportunidad de levantar las observaciones y posteriormente mediante Carta Notarial de fecha 27 de enero de 2010 le otorgó al Contratista un plazo de 05 días considerada como última oportunidad para la entrega del servicio, la penalidad debería aplicarse a partir de la fecha de vencimiento de entrega del informe con las observaciones. Sin embargo, al haberse determinado en el considerando segundo de este Laudo que la resolución contractual efectuada por el Proyecto Especial Afianzamiento y Ampliación de los Recursos Hídricos de Tacna, Gobierno Regional Tacna no es válida, al no existir incumplimiento por parte de COMERCIO PERÚ S.R.L., el demandado no se encuentra habilitado para aplicar penalidad alguna por incumplimiento injustificado de prestaciones.

6. Respecto a determinar a quién y en qué proporción corresponde el pago de los costos, costas y gastos arbitrales que genere el proceso arbitral.

Al respecto, tomando en consideración que no se ha acreditado la existencia de algún acuerdo previo entre las partes que se pronuncie sobre el pago de las costas y costos en el presente proceso de arbitraje, corresponde al Árbitro Único decidir al respecto.

Se aprecia del desarrollo de la litis que ambas partes han contribuido con su conducta a la necesidad de someter la controversia a un arbitraje de derecho, dándole las facilidades al Árbitro Único para el desarrollo de su labor, razones por la cual los costos y costas se deben ser asumidos por ambas partes en forma proporcional. En tal sentido, este Árbitro Único considera que las partes COMERCIO PERÙ S.R.L. y el Proyecto Especial Afianzamiento y Ampliación de los Recursos Hídricos de Tacna, Gobierno Regional Tacna no tienen el deber de restituirse los gastos arbitrales que cancelados por éstos.

Se precisa que los demás actuados que no han sido glosados, no modifican las consideraciones anteriormente expuestas, por lo que están a los considerandos precedentes y habiéndose cumplido con todas las etapas del proceso y siendo el estado de mismo el de resolver la controversia planteada en autos, el presente Árbitro Único pasa a pronunciarse sobre la misma según lo siguiente:

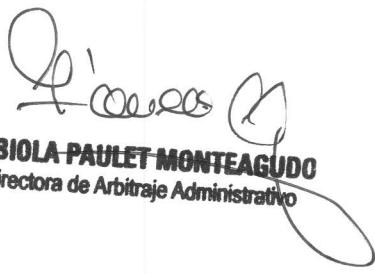
LAUDA:

En consideración a los antecedentes expuestos, el presente Árbitro Único resuelve lo siguiente:

1. **DESESTIMAR** la excepción de Caducidad formulada por el Proyecto Especial Afianzamiento y Ampliación de los Recursos Hídricos de Tacna, Gobierno Regional Tacna respecto de la arbitrabilidad en el este proceso.
2. Declarar **FUNDADA** la pretensión de COMERCIO PERU S.R.L. referida a la declarar la nulidad de la resolución de Contrato de consultoría Nº 053-2009-GRT-PET, efectuada mediante Resolución Gerencial Nº 128-2010-GRT-GG-PET de fecha 12 de marzo de 2010, y por efecto se admite como válido el Informe del Estudio "Elaboración del Análisis de Riesgo Articulado a la Organización y Gestión de Factibilidad Mejoramiento y Ampliación de la Provisión de Agua para el Desarrollo Agrícola en el Valle de Tacna Vilavilani II Fase I".
3. Declarar **INFUNDADA** la pretensión de COMERCIO PERU S.R.L., relativa a amparar una indemnización por daños y perjuicios por el monto de S/. 50 000,00 Nuevos Soles.
4. Declarar **INFUNDADA** la pretensión del Proyecto Especial Afianzamiento y Ampliación de los Recursos Hídricos de Tacna, Gobierno Regional Tacna, relativa a amparar una indemnización por daños y perjuicios.

5. Declarar **INFUNDADA** la pretensión del Proyecto Especial Afianzamiento y Ampliación de los Recursos Hídricos de Tacna, Gobierno Regional Tacna relativa a la aplicación de penalidades a la demandante.
6. Declarar **INFUNDADA** la pretensión relativa al pago de las costas y costos y demás gastos, y disponer que cada parte asuma las costas y costos que el presente proceso le hubiese podido irrogar.


NIDIA ELIAS ESPINOZA
ARBITRO UNICO


FABIOLA PAULET MONTEAGUDO
Directora de Arbitraje Administrativo