

LAUDO ARBITRAL DE DERECHO

ARBITRAJE SEGUIDO POR
MACRON CONTRATISTAS GENERALES S.A.C contra SEDAM HUANCAYO S.A.

ÁRBITRO ÚNICO
DR. JORGE GUILLERMO ALFREDO MANRIQUE ZEGARRA

RESOLUCIÓN N° 19

LIMA, 30 de abril del 2012.

VISTOS:

I.- ANTECEDENTES.-

MACRON CONTRATISTAS GENERALES S.A.C (en adelante **MACRON** o **LA DEMANDANTE**) obtuvo la buena pro para el Contrato de Obra para Ejecución de Obra N° 154-2007-SEDAM HUANCAYO S.A. (en adelante simplemente **EL CONTRATO**) en el en el procedimiento especial de selección N° 004-2007 “Mejoramiento del Sistema de Agua Potable y Alcantarillado Sanitario de los sectores Medio y alto Chilca – Chilca – Huancayo – Junín”. Siendo el objeto de dicho contrato la Ejecución de la Obra “Mejoramiento del Sistema de Agua Potable y Alcantarillado Sanitario de los sectores Medio y alto Chilca – Chilca – Huancayo – Junín” convocado por la empresa de **SERVICIO DE AGUA POTABLE Y ALCANTARILLADO MUNICIPAL DE HUANCAYO S.A. – SEDAM HUANCAYO S.A.** (en adelante **SEDAM HUANCAYO** o **LA DEMANDADA**).

En ejecución del contrato surgieron controversias entre las partes que dieron lugar a su resolución, cuya legalidad, será materia de análisis en este laudo, para determinar los efectos jurídicos de la indicada resolución realizada por SEDAM HUANCAYO.

II.- DEL PROCESO ARBITRAL.-

2.1.- INSTALACIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL Y PROCEDIMIENTO TRIBUNAL APLICABLE.-

Inicio del proceso arbitral, designación del Árbitro Único, Instalación del Tribunal Arbitral y Actividad Procesal.

Surgida la controversia entre las partes referida al apartado ANTECEDENTES y a falta de acuerdo entre éstas, el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado OSCE (en adelante EL OSCE), designó como Árbitro Único al Dr. JORGE

GUILLERMO ALFREDO MANRIQUE ZEGARRA, mediante Resolución N° 070-2010-OSCE/PRE de 22 de febrero del 2010.

Con fecha 6 de mayo del año 2010 se instaló el Árbitro Único con presencia y participación de **MACRON** y **SEDAM HUANCAYO**. En este acto, se señalaron las reglas del proceso y se fijaron los anticipos de honorarios del Árbitro Único y de la Secretaría Arbitral a cargo de la Directora de Arbitraje Administrativo de **EL OSCE**.

Las partes aceptaron la designación del Árbitro Único al no haberlo recurrido ni manifestado duda alguna de su independencia e imparcialidad, dentro de los plazos y oportunidades señalados por la **LEY DE ARBITRAJE DECRETO LEGISLATIVO N° 1071** (en adelante **LEY DE ARIBTRAJE**).

DEL CONVENIO ARBITRAL Y LA COMPETENCIA DEL ÁRBITRO ÚNICO.-

En la cláusula décima octava, Solución de Controversias, las partes pactaron que en la ejecución de EL CONTRATO, toda controversia será resuelta por conciliación de ser el caso en arbitraje de derecho. Asimismo, en la cláusula primera se pactó que EL CONTRATO se suscribió dentro del marco legal del texto único de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado y su Reglamento y Ley General de Arbitraje, entre otras.

En los artículos tres y cuatro del Acta de Instalación y estando al apartado 5.- de la solicitud de designación de árbitro único presentada por MACRON, las partes convinieron que en virtud de lo establecido por el artículo 53 del Texto Único Ordenado de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, aprobado por D.S. 083-2004-PCM (en adelante **LA LEY**) y su reglamento aprobado por D.S. 084-2004-PCM (en adelante **REGLAMENTO**) y por el D.L. 1071 que norma el arbitraje (**LEY DE ARBITRAJE**) y por el Código Procesal civil.

Asimismo, se dispuso que en caso de deficiencia o vacío existente en las mencionadas reglas, el Árbitro Único queda facultado para suplirlas a su discreción, mediante la aplicación de los principios arbitrales así como los usos y costumbres en materia arbitral. En aplicación de esta facultad y del principio iura novit curia consagrado en el artículo VII del título preliminar del Código Procesal Civil, aplicable supletoriamente, y de conformidad con el artículo primero de EL CONTRATO, en el presente laudo EL ARBITRO aplicará las normas contenidas en la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado aprobado mediante D.S. 083-2006 y su reglamento aprobado mediante D.S. 084-2006-PCM y modificatorias y ampliatorias.

Finalmente, según lo establecido en el punto 36.- del Acta de Instalación de Árbitro Único se convino que el laudo arbitral es definitivo e inapelable y se sujetará a lo dispuesto en la Ley de Arbitraje, que estipula que sólo cabe recurso de anulación ante el Poder Judicial. Ello sin perjuicio de lo dispuesto por el apartado 37.- de la mencionada Acta de Instalación de Árbitro Único.

2.2.- CONSIDERACIONES PRELIMINARES.-

El presente laudo se expide de conformidad con lo dispuesto por la Ley de Arbitraje. Por tanto, estando lo dispuesto en el mencionado artículo, el Árbitro Único deja constancia 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 defensa 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 ofrecidos por las partes el Arbitro Único deja constancia que en el presente proceso arbitral se ha actuado de acuerdo con lo dispuesto por Ley de Arbitraje que prescribe "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 actuación de las pruebas que estime necesarias".

Adicionalmente, tratándose de un Arbitraje de Derecho en virtud de la Unidad del Ordenamiento Jurídico, será de aplicación el principio de jerarquía constitucional y las pertinentes del Código Civil y Código Procesal Civil.

2.3.- DE LA DEMANDA.-

De conformidad con lo previsto en el artículo 16 del Acta de Instalación de Arbitro Único MACRON presentó su demanda de fecha 18 de mayo del 2010, que contiene las siguientes pretensiones:

PRIMERA PRETENSIÓN.-

Que se deje sin efecto legal la carta notarial N° 040-2009-SEDAM HYO SAC-GG de fecha 15 de junio del 2009, emitida por SEDAM HUANCAYO, mediante la cual resolvió EL CONTRATO de pleno derecho.

SEGUNDA PRETENSIÓN.-

Se ordene a SEDAM HUANCAYO la devolución de las tres garantías siguientes que fueron ejecutadas injustamente:

- La primera (fiel cumplimiento) por el monto de S/.147,075.00
- La segunda (adelanto directo) por el monto de S/.52,520.40
- La tercera (adelanto de materiales) por el monto de S/.104,691.04

Precisa además que las tres cartas fianzas hacen un monto total de S/.304,286.44 Finalmente, solicita que en todo caso le paguen el monto ejecutado, mas el pago de intereses legales calculados al momento que se haga efectivo el pago mas las costas y costos del proceso arbitral.

DE LA FUNDAMENTACIÓN DE LA DEMANDA.-

1. Sostiene LA DEMANDANTE que con fecha 27 de setiembre del 2007, LA DEMANDADA SEDAM HUANCAYO emitió la Resolución de Gerencia Regional N° 148-A-2007-SEDAM HUANCAYO S.A., mediante la cual resolvió aprobar los expedientes técnicos para la ejecución de la obra "Mejoramiento del Sistema de Agua Potable y Alcantarillado Sanitario de los Sectores Medio y Alto – Chilca" obra que se ejecutará mediante administración indirecta.
2. Que con fecha 12 de diciembre del 2007 se suscribió con LA DEMANDADA el contrato N° 154-2007-SEDAM HUANCAYO S.A. para la ejecución de la mencionada obra ""Mejoramiento del Sistema de Agua Potable y Alcantarillado Sanitario de los Sectores Medio y Alto Chilca – Chilca – Huancayo - Junín" por la suma de S/.'1'470,758.00 con un plazo de ejecución de 150 días naturales a partir de la entrega del terreno.
3. Que mediante carta N° 248-2008 de fecha 22 de julio del 2008 SEDAM HUANCAYO hizo de conocimiento de LA DEMANDANTE que la solicitud de cambio de especificaciones técnicas del sistema hidráulico de la obra no era procedente por cuanto las especificaciones técnicas no son concordantes con las del expediente técnico.
4. Que mediante carta N°40-MCG de fecha 27 de octubre del año 2008 MACRON hizo llegar a SEDAM HUANCAYO las características de la bomba y el tablero electrónico, propuesto para el reservorio Chilca Alto.
5. Que mediante carta N°410-2008 de fecha 29 de octubre del 2008, SEDAM HUANCAYO hizo llegar a LA DEMANDANTE las observaciones a las especificaciones técnicas de la bomba y tablero presentadas como propuesta.
6. Que mediante carta N°018-2009 de fecha 26 de enero del año 2009, SEDAM HUANCAYO comunicó a LA DEMANDANTE que mediante Resolución N° 009-2009, se aprobó la ampliación del plazo parcial por treinta días calendarios a partir del 26 de diciembre del año 2008 hasta el 24 de enero del año 2009, por causal de ampliación no atribuible a las partes (autorización por la Municipalidad Distrital de Chilca para la rotura y reposición de pavimento de pistas y veredas en la avenida Leoncio Prado.
7. Que con fecha 18 de marzo del 2009 se obtuvo la autorización para rotura de veredas y pista asfaltada en la avenida Leoncio Prado – distrito de Chilca – provincia de Huancayo.
8. Que mediante carta N° 019-2009 de fecha 8 de abril del año 2009 SEDAM HUANCAYO comunicó a LA DEMANDANTE que mediante resolución N° 068-2009 se declaró improcedente la solicitud de ampliación de plazo N° 05 por haberse presentado la solicitud fuera del plazo de ley.
9. Que mediante carta 005-2009 de 27 de abril del 2009 MACRON remitió a LA DEMANDADA la propuesta técnica de bomba y motor que formarán parte del equipamiento de la caseta de rebombeo de la obra

- 9.1.** Que con fecha 27 de octubre del 2008 MACRON remitió a LA DEMANDANTE la carta N° 40-MCG, con las especificaciones técnicas de la bomba y tablero eléctrico como propuesta para que sea evaluada por LA DEMANDADA; la misma que le fue contestada con carta N° 410-2008- SEDAM HUANCAYO de fecha 5 de noviembre del año 2008, recomendando el equipo del expediente técnico con sus especificaciones técnicas que según opinión de los especialistas no es la más recomendable.
- 9.2.** Que con fecha 3 de abril del año 2009 LA DEMANDANTE remitió a LA DEMANDADA, dos propuestas técnicas más con sus especificaciones técnicas y sus respectivos ábacos de curvas de operaciones sin obtener respuesta alguna hasta la fecha por parte de LA DEMANDADA.
- 9.3.** Que a fin de garantizar la operatividad del equipo se presenta la propuesta técnica de hidrostral para su evaluación y aprobación.
- 10.** Que mediante carta notarial N° 033-2009 de 20 de mayo del 2009, SEDEAM HUANCAYO comunicó a LA DEMANDANTE el incumplimiento de obligaciones contractuales.
- 11.** Que mediante carta N°55-2009 de fecha 20 de mayo del año 2009 MACRON solicitó a LA DEMANDADA la atención para instalación de la electrobomba a través de la empresa ARGUESA MINERÍA Y CONSTRUCCIÓN, empresa especializada a favor de quien ya se emitió la orden de compra.
- 12.** Que, mediante carta N° 037-2009 de 9 de junio del 2009 MACRON, una vez más, presentó una propuesta de electrobomba de acuerdo a las especificaciones técnicas dadas por LA DEMANDADA dejando clara constancia que no se están incumplimiento las obligaciones contractuales, sino que se espera la aprobación para la aprobación del equipo ya señalado.
- 13.** Que mediante carta N° 40-2009 de fecha 15 de junio del 2009 LA DEMANDADA comunicó a MACRON su decisión de resolver el contrato y disponer la intervención física y financiera de la obra.
- 14.** Que mediante carta N° 041-2009 de 15 de junio del 2009 LA DEMANDADA solicitó la ejecución de las cartas fianzas, sin haber cumplido por las formalidades exigidas por Ley.
- 15.** Que, mediante carta notarial N°041-2009 de fecha 15 de junio del año 2009 MACRON comunicó a LA DEMANDADA que nunca se incurrió en causal de resolución alguna, ya que en todo momento se solicitó la aprobación y autorización para la colocación del equipamiento necesario para la culminación de los trabajos de la obra.

- 16.** Que, mediante carta notarial N° 043-2009 de fecha 18 de junio del 2009 LA DEMANDADA comunicó a MACRON que habiendo resuelto EL CONTRATO procede a la intervención económica (física y financiera) de la obra la que se realizará en 20 de junio del año 2009.
- 17.** Que mediante carta notarial N° 046-2009 de 19 de junio del 2009 MACRON solicitó a LA DEMANDADA re programe la fecha y hora para la diligencia de la constatación físico y financiero, debido a causas de fuerza mayor.
- 18.** Que mediante carta notarial N°047-2009 de 19 de junio del año 2009, LA DEMANDADA comunicó a MACRON que la diligencia de constatación física y financiera se realizará el día 22 de junio del año 2009.
- 19.** Que mediante carta notarial N°048-2009 de fecha 20 de junio del año 2009, LA DEMANDADA comunicó a MACRON que la diligencia de constatación física y financiera se realizará el 24 de junio del año 2009.
- 20.** Que mediante carta notarial N°050-2009 de fecha 25 de junio del año 2010 (debe decir 2009, aclaración formulada por el Árbitro), SEDAM HUANCAYO comunicó a MACRON que el día 24 de junio se llevó a cabo la diligencia de inspección física y de partidas al pozo y cisternas de Leoncio Prado del sector medio Alto – Chilca, en ausencia de LA DEMANDANTE.
- 21.** Que mediante carta notarial N°049-2009 de fecha 25 de junio del año 2009 MACRON hace de conocimiento de LA DEMANDADA que su carta notarial N° 048-2009-SEDAM HUANCAYO, de fecha 20 de junio del año 2009 por la que le indicaba que la fecha de diligencia de constatación física y financiera sería el 24 de junio del año 2009, recién le fue notificada en la fecha, por lo que se está vulnerando el debido procedimiento administrativo y se limita su derecho constitucional a la defensa, quebrando además el principio de transparencia y de trato justo e igualitario, sin haber obtenido respuesta alguna hasta la fecha.
- 22.** Que mediante carta notarial N° 053-2009 de fecha 22 de junio del 2009 MACRON, pese a considerar arbitraria y unilateral la diligencia de constatación física y financiera efectuada por LA DEMANDADA, solicitó una copia del acta de inventario, la misma que de acuerdo a Ley debió serle puesta en su conocimiento a fin de efectuar la liquidación técnica y financiera correspondiente.
- 23.** Que ante la actuación arbitraria de SEDAM HUANCAYO, MACRON recurrió al mecanismo alternativo de resolución de conflictos – conciliación a fin de que se resolviese la controversia surgida respecto de la invalidez de la resolución de contrato por causas imputables al contratista.
- 24.** Finalmente, ofrece como medios probatorios los siguientes:

- a. La Resolución de Gerencia General N° 148-A-2007-SEDAM Huancayo S.A.
- b. El Contrato N° 154-2007- SEDAM Huancayo S.A.
- c. La Carta N° 248-2009- SEDAM Huancayo S.A./GT, de fecha 22 de julio del 2008
- d. La Carta N° 40-MCG/ SEDAM Huancayo S.A., de fecha 27 de octubre del año 2008
- e. La Carta N° 410-2008- SEDAM Huancayo S.A./GT, de fecha 29 de octubre del año 2008
- f. La carta N°018-2009- SEDAM Huancayo S.A./GT, de fecha 26 de enero del 2009
- g. La Carta N° 019-2009- SEDAM Huancayo S.A./SGEIL, de fecha 8 de abril del 2009
- h. La Carta N° 005-2009-MACRON S.A.C/TAC, de fecha 27 de abril del año 2009.
- i. La Carta Notarial N° 033-2009- SEDAM Huancayo S.A./GG de fecha 20 de mayo del año 2009.
- j. La Carta N° 55-2009-MACRON /RCH, de fecha 20 de 3 mayo del 2009.
- k. La Carta N° 037-2009-MCGSAC-GG, de fecha 9 de junio del año 2009.
- l. La Carta N° 040-2009- SEDAM Huancayo S.A./GG, de fecha 15 de junio del 2009.
- m. La Carta N° 041-2009- SEDAM Huancayo S.A./GG de fecha 15 de junio del año 2009.
- n. La Carta Notarial N° 041-2009-MCGSAC/GG de fecha 15 de junio del año 2009.
- o. La Carta Notarial N° 043-2009- SEDAM Huancayo S.A./GG de fecha 18 de junio del 2009.
- p. La Carta Notarial N° 046-2009-MCGSAC-GG de fecha 19 de junio del año 2009.
- q. La Carta Notarial N° 047-2009- SEDAM Huancayo S.A./GG de fecha 19 de junio del 2009.
- r. La Carta Notarial N° 048-2009- SEDAM Huancayo S.A./GG de fecha 20 de junio del 2009

s. La Carta Notarial N° 050-2009- SEDAM Huancayo S.A. de fecha 25 de junio del año 2010.

t. La Carta Notarial N° 049-2009-MCGSAC/GG de fecha 25 de junio del año 2009.

u. La Carta Notarial N° 053-2009-MCGSAC/GG de 22 de julio del año 2009.

FUNDAMENTOS DE LA PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL.-

Sostiene LA DEMANDANTE que la decisión de resolver el contrato y disponer la intervención físico y financiero de la obra fue tomada sin haberse cumplido con las formalidades exigidas por la Ley puesto que nunca incurrió en causal de resolución alguna ya que en todo momento solicitó la aprobación y autorización para la colocación del equipamiento necesario para la culminación de los trabajos de la obra.

Agrega que LA DEMANDADA ha actuado de manera arbitraria y unilateral, al extremo de resolver EL CONTRATO, desconociendo los constantes pedidos por ella formulada, a fin de brindar un servicio de calidad y no simplemente cumplir con un expediente técnico que adolece de deficiencias técnicas, la misma que requería ser modificada a fin de garantizar la operatividad del contrato, y que MACRON nunca incurrió en causal de resolución ya que de conformidad con lo dispuesto por el artículo 225 del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, la entidad podrá resolver el contrato, cuando el contratista incumpla injustificadamente sus obligaciones contractuales, pese a haber sido requerido para ello; causal en la que jamás incurrió MACRON, ya que técnicamente sustentó y solicitó el cambio de la bomba – electrobomba por una cuyas características detalla en la demanda.

Manifiesta igualmente que SEDAM HUANCAYO no dio respuesta a la carta N° 037-2009 en mérito de la cual MACRON formuló la propuesta última de la instalación de la electrobomba sumergible, que ya se había coordinado con el área técnica de LA DEMANDADA. Que la intervención económica, física y financiera es contraria al artículo 264 del Reglamento de Contrataciones y Adquisiciones del Estado D.S. 084-2004 PCM.

Añade que, estamos frente a dos hechos totalmente contradictorios y nulos, ya que los actos administrativos de resolución de contrato e intervención económica, se han dictado contraviniendo la Ley de la materia; por lo que se trata de actos administrativos nulos invocando lo dispuesto por el inciso 1 del artículo 10 de la Ley 27444.

Precisa además que las actuaciones son arbitrarias y unilaterales debido a que la carta notarial N° 048-2009 por la que LA DEMANDADA le comunicó que la diligencia de contratación física y financiera se realizaría el 24 de junio del 2009, fue recepcionada por MACRON el día 25 de junio, vale decir un día después de la

fecha indicada para la diligencia, con lo cual se evidencia claramente la intención de SEDAM HUANCAYO de causar la indefensión de LA DEMANDANTE y así poder validar su actuación irregular y arbitraria

Finaliza precisando que la copia del acta de inventario físico efectuado en la fecha de la diligencia de constatación jamás le fue proporcionada a MACRON para que pudiese practicar la liquidación correspondiente, hecho que constituye también una causal de nulidad del acto administrativo.

FUNDAMENTOS DE LA SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL.-

Considera LA DEMANDANTE que la ejecución de las cartas fianzas se ha efectuado de manera ilegal y arbitraria porque LA DEMANDANTE solicitó a MAFRE dicha ejecución de las indicadas cartas fianzas, el mismo día de la resolución del contrato vulnerándose sus derechos y con violación de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado.

Agrega que, LA DEMANDADA no cumplió con las formalidades exigidas por la Ley para la ejecución de las cartas fianzas por no haberle dado oportunidad a hacer valer su derecho, ya que una vez planteada la resolución, de conformidad con lo dispuesto por el tercer párrafo del artículo 227 del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado (D.S. 084-2004-PCM), cualquier controversia relacionada con la resolución del contrato podrá ser sometida por la parte interesada a conciliación o arbitraje dentro de los quince días hábiles siguientes de comunicada la resolución, conciliación que fue solicitada por MACRON el día 26 de junio del 2009 ante el Centro de Conciliación CECOPRE, la misma que no pudo llevarse a cabo por inasistencia de LA DEMANDADA.

2.4.- DE LA CONTESTACIÓN A LA DEMANDA.-

Con fecha 14 de julio del 2010, SEDAM HUANCAYO contesta la demanda, en los términos siguientes:

CON RESPECTO A LA PRIMERA PRETENSIÓN.-

Solicita se confirme y se otorgue validez a la carta notarial N° 040-2009-SEDAM HYO S.A./GG de fecha 15 de junio del 2009 con la que se resuelve el contrato.

CON RESPECTO A LA SEGUNDA PRETENSIÓN.-

Solicita se confirme y otorgue validez de la imputación de la liquidación final de la obra notificada por SEDAM HUANCAYO S.A. y de la ejecución de las cartas fianzas de fiel cumplimiento y otras.

1. Sostiene LA DEMANDADA que mediante notarial N° 033-2009-SEDAM HYO/GG de 20 de mayo del 2009 comunicó a la empresa MACRON, que viene

incumpliendo con las cláusulas del contrato 154-2007-SH.S.A. de fecha 12 de diciembre del 2007.

2. Que en esa carta notarial N° 033-2009 concretamente notificó a LA DEMANDANTE que:
 - a. Viene incumplimiento reiteradamente con sus obligaciones contractuales lo que ha ocasionado la no conclusión de la obra.
 - b. Se le requiere para que cumpla con la culminación de la obra.
 - c. Se le notifica que ha acumulado el monto máximo de la penalidad por mora en la ejecución de la prestación.
 - d. Se le otorga 15 días naturales para que culmine la obra.
 - e. Se le notifica que de no culminar la obra se estará resolviendo el contrato.
3. Que como se puede ver, se ha cumplido previamente con lo previsto por el artículo 222 del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado al haber acumulado más del 10% en el monto de las penalidades, además de los procedimientos vinculantes recaídos en los expedientes N° 283-2005-GTN, 020-2006-GTN y 023-2003-GTN sobre el cálculo de las penalidades y sobre el monto máximo de la penalidad.
4. Que ante el persistente incumplimiento en la culminación de la obra, notificada con la carta notarial N° 033-2009-SEDAM, se ha visto obligada a cursar la resolución del contrato.
 5. Que de conformidad con los incisos 1 y 2 del artículo 225 del Reglamento de la LCAE, mediante carta notarial N° 040-2009 de fecha 15 de junio del 2009 se notifica la resolución del contrato por las causales de:
 - a. Incumplimiento reiterado – mora en la culminación de la obra, de conformidad con el artículo 222 el Reglamento de LCAE;
 - b. Que el incumplimiento en la culminación de la obra se produjo a pesar de las ampliaciones con la resoluciones de gerencia regional N° 032-2009-SEDAM/HUANCAYO S.A. de 13 de febrero del 2009, plazo en el cual se debía culminar la obra, lo que no se ha producido; y
 - c. Al haber alcanzado en penalidades acumuladas el monto máximo del 10% del valor del contrato, de conformidad con el inciso 2 del artículo 225 del reglamento de la LCAE
 6. Que la resolución de EL CONTRATO se ha ejecutado de conformidad con la cláusula décimo novena, transcribiendo el primer párrafo de la indicada cláusula.

7. Que la cláusula décimo novena del contrato establece dos motivaciones:

Primera.- Por incumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato. Que en este caso el incumplimiento de la obra establecida en la clausula quinta de EL CONTRATO indica que "el contratista... se obliga a ejecutar la obra, la misma que debió de ejecutarse en el plazo de 150 días...", además de la ampliación de los plazos establecida en la cláusula séptima del mismo contrato; y

Segunda.- Si el monto acumulado de penalidades alcanzará el máximo del 10% del monto contractual. Que ante la mora en el cumplimiento de la culminación de la obra es que se ha venido aplicando las penalidades, las mismas que han acumulado el 10% máximo.

8. Que se ha cumplido con el requerimiento notarial previo, pactado en la cláusula décimo novena del contrato al haber cursado al demandante la carta notarial N° 033-2009-SEDAM.

9. En consecuencia, se ha cumplido estrictamente con el procedimiento contractual y normativo para la resolución del contrato. Que así se puede verificar del artículo 226 Reglamento de la LCAE.

10. Que a la resolución del contrato genera que el contratista asuma los gastos que genere este hecho.

11. Que se debe tener presente que conforme a la cláusula décima, la empresa contratista a sumirá el costo de los daños y perjuicios que se liquide, los que, corresponde en este caso por haber sido el causante de la resolución.

12. Que la ejecución de las cartas fianza se ajustan a la cláusula décimo primera del contrato, pues al haber causal de resolución de contrato esta se ejecuta inmediatamente como lo indica el artículo 227 del Reglamento del LCAE.

13. Que la resolución del contrato no puede generar perjuicio a la institución si esta es imputable al contratista, por lo de conformidad por el artículo 264 del reglamento se ha intervenido la obra, intervención que necesariamente debe ser imputada a la liquidación, la que se da por expreso mandato legal.

14. Que, por las razones expuestas debe desestimarse la demanda. Además se ofrecieron como medios probatorios los siguientes:

- a. Carta notarial N° 040-2009-SEDAM, de 15 de junio del 2009.
- b. Carta notarial N° 033-2009-SEDAM, de 20 de mayo del 2009.
- c. Contrato N° 154-2007-SEDAM HUANCAYO S.A. para la ejecución de la obra "Mejoramiento del sistema de agua potable y alcantarillado de los sectores medio y alto Chilca".
- d. Resolución de Gerencia Regional N° 032-2009-SEDAM, de fecha 13 de febrero del 2009.
- e. Resolución de Gerencia General N° 009-2009-SEDAM, de 20 de enero del 2009.
- f. Resolución de Gerencia General N° 343-2008-SEDAM, de fecha 14 de diciembre del 2008.
- g. Resolución de Gerencia Regional N° 245-2008-SEDAM de fecha 3 de setiembre del 2008

III.- DEL SANEAMIENTO PROCESAL.-

En audiencia del 25 de octubre del 2010, a la que asistieron tanto LA DEMANDANTE como LA DEMANDADA, se procedió a declarar la existencia de una relación jurídico procesal válida y en consecuencia saneado el proceso.

IV.- LA CONCILIACIÓN.-

En la misma audiencia, el Arbitro Único propició un acuerdo conciliatorio entre las partes a fin de resolver esta controversia, conciliación que no se pudo concretar dejándose abierta la posibilidad de que ella se pudiese realizar en cualquier estado del proceso, sin que ésta se haya producido.

V.- DE LA DETERMINACIÓN DE LAS CUESTIONES QUE SERÁN MATERIA DEL CONOCIMIENTO DEL ARBITRO UNICO (PUNTOS CONTROVERTIDOS).-

De común acuerdo con las partes se señalaron las siguientes cuestiones que serán materia de pronunciamiento en el laudo arbitral:

1. Determinar, si la resolución del contrato N° 154-2007-SEDAM HUANCAYO S.A. de fecha 12 de diciembre de 2007 se ha producido de acuerdo a las causales contenidas en las bases, el contrato referido y las normas sobre contratación aplicables, es decir, el Texto Único Ordenado de Contrataciones y Adquisiciones

del Estado, aprobado por Decreto Supremo N° 083-2004-PCM y su Reglamento aprobado por Decreto Legislativo N° 084-2004-PCM.

2. Determinar, si la liquidación final de la obra se ha realizado con arreglo a las bases, el contrato referido y las normas sobre contratación aplicables, es decir, el Texto Único Ordenado de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, aprobado por Decreto Supremo N° 083-2004-PCM y su Reglamento, aprobado por Decreto Legislativo N° 084-2004-PCM.
3. Determinar, si la ejecución de las cartas fianzas, consistentes en la garantía de Fiel Cumplimiento ascendente a S/.147,075.00 la garantía de Adelanto Directo, ascendente a S/.52,520.40 y finalmente la garantía de Adelanto de Materiales ascendente a S/.104,691.04, han sido realizadas dentro del ordenamiento jurídico, las causales establecidas en el contrato y la normativa aplicable.
4. Determinar, a quién y en qué proporción corresponde los costos y costas del proceso arbitral.

“queda de esta manera precisada la controversia materia del presente arbitraje y simultáneamente, precisados y ampliados los petitorios contenidos en la demanda y contestación”

VI.- DE LOS MEDIOS PROBATORIOS.-

En la misma audiencia se admitieron los siguientes medios probatorios ofrecidos por las partes en la demanda y contestación a la demanda. En consecuencia, dichos medios probatorios son los siguientes:

MEDIOS PROBATORIOS OFRECIDOS Y ADMITIDOS A LA PARTE DEMANDANTE.-

1. La Resolución de Gerencia General N° 148-A-2007-SEDAM Huancayo S.A.
2. El Contrato N° 154-2007- SEDAM Huancayo S.A.
3. La Carta N° 248-2009- SEDAM Huancayo S.A./GT, de fecha 22 de julio del 2008
4. La Carta N° 40-MCG/ SEDAM Huancayo S.A., de fecha 27 de octubre del año 2008
5. La Carta N° 410-2008- SEDAM Huancayo S.A./GT, de fecha 29 de octubre del año 2008
6. La carta N°018-2009- SEDAM Huancayo S.A./GT, de fecha 26 de enero del 2009

7. La Carta N° 019-2009- SEDAM Huancayo S.A./SGEIL, de fecha 8 de abril del 2009
8. La Carta N° 005-2009-MACRON S.A.C/TAC, de fecha 27 de abril del año 2009.
9. La Carta Notarial N° 033-2009- SEDAM Huancayo S.A./GG de fecha 20 de mayo del año 2009.
10. La Carta N° 55-2009-MACRON /RCH, de fecha 20 de 3 mayo del 2009.
11. La Carta N° 037-2009-MCGSAC-GG, de fecha 9 de junio del año 2009.
12. La Carta N° 040-2009- SEDAM Huancayo S.A./GG, de fecha 15 de junio del 2009.
13. La Carta N° 041-2009- SEDAM Huancayo S.A./GG de fecha 15 de junio del año 2009.
14. La Carta Notarial N° 041-2009-MCGSAC/GG de fecha 15 de junio del año 2009.
15. La Carta Notarial N° 043-2009- SEDAM Huancayo S.A./GG de fecha 18 de junio del 2009.
16. La Carta Notarial N° 046-2009-MCGSAC-GG de fecha 19 de junio del año 2009.
17. La Carta Notarial N° 047-2009- SEDAM Huancayo S.A./GG de fecha 19 de junio del 2009
18. La Carta Notarial N° 048-2009- SEDAM Huancayo S.A./GG de fecha 20 de junio del 2009
19. La Carta Notarial N° 050-2009- SEDAM Huancayo S.A. de fecha 25 de junio del año 2010.
20. La Carta Notarial N° 049-2009-MCGSAC/GG de fecha 25 de junio del año 2009.
21. La Carta Notarial N° 053-2009-MCGSAC/GG de 22 de julio del año 2009.

MEDIOS PROBATORIOS OFRECIDOS Y ADMITIDOS A LA PARTE DEMANDADA.-

- h.** Carta notarial N° 040-2009-SEDAM, de 15 de junio del 2009.
- i.** Carta notarial N° 033-2009-SEDAM, de 20 de mayo del 2009.
- j.** Contrato N° 154-2007-SEDAM HUANCAYO S.A. para la ejecución de la obra "Mejoramiento del sistema de agua potable y alcantarillado de los sectores medio y alto Chilca".

- k.** Resolución de Gerencia Regional N° 032-2009-SEDAM, de fecha 13 de febrero del 2009.
- l.** Resolución de Gerencia General N° 009-2009-SEDAM, de 20 de enero del 2009.
- m.** Resolución de Gerencia General N° 343-2008-SEDAM, de fecha 14 de diciembre del 2008.
- n.** Resolución de Gerencia Regional N° 245-2008-SEDAM de fecha 3 de setiembre del 2008

PRUEBAS DE OFICIO.-

Finalmente en la misma audiencia el Árbitro dispuso la siguiente prueba de oficio:

- a.** Que SEDAM HUANCAYO remitiese el expediente administrativo del procedimiento especial de selección N° 004-2007 que ha dado origen a la controversia
- b.** Que LA DEMANDANTE MACRON acompañe el original del cuaderno de obra

VII.- ALEGATOS E INFORMES ORALES.-

Con fecha 19 de mayo del 2011 las partes procedieron a sustentar sus informes orales. En esta audiencia el Árbitro, instruyó a ambas partes para que cumpliesen con acompañar los documentos y comunicaciones, referidas por éstas en su demanda y contestación, que habían omitido acompañar al expediente.

Habiendo cumplido SEDAM HUANCAYO con acompañar copia simple del expediente administrativo de la obra; y MACRON, con su solicitud de 14 de julio del 2011, los documentos faltantes, anexados a su indicada resolución, se procedió a la continuación del acta de audiencia de informes orales, de fecha 1 de agosto del 2011, a la que acudió únicamente el representantes de MACRON y con inasistencia de LA DEMANDADA SEDAM HUANCAYO.

Finalmente, MACRON con fecha 5 de agosto del 2011, presentó su alegato y LA DEMANDADA SEDAM lo hizo con fecha 1 de febrero del 2012.

VIII.- PLAZO PARA LAUDAR.-

De conformidad con lo establecido en el numeral 35 del Acta de Audiencia de Instalación de Árbitro Único de fecha 6 de mayo del 2010, el Árbitro Único procedió a fijar el plazo para laudar en un término de 30 días hábiles mediante Resolución N° 17 de 8 de febrero del 2012. Posteriormente, mediante Resolución N°

18, este plazo se amplió por 30 días hábiles adicionales. Término dentro del cual se expide el presente laudo.

IX.- HONORARIOS Y GASTOS ARBITRALES.-

En el numeral 40 del Acta de instalación de Árbitro Único se fijó como primer anticipo de honorarios la suma de S/.15,000.00 (QUINCE MIL CON 00/100 NUEVOS SOLES) y los honorarios de Secretaría Arbitral en a suma de S/.5,000.00 (CINCO MIL CON 00/100 NUEVOS SOLES), que han sido pagados por las partes en iguales proporciones

X.- CUESTIONES PRELIMINARES.-

Antes de entrar a analizar las materias controvertidas, corresponde confirmar lo siguiente:

- Que el Tribunal Arbitral Unipersonal se constituyó de conformidad con el convenio arbitral celebrado entre las partes, la LEY DE CONTRATACIONES y su Reglamento, al que las partes se sometieron de manera incondicional.
- Que en momento alguno se ha recusado al Árbitro Único o se ha impugnado o reclamado contra las disposiciones de procedimiento dispuestas en el Acta de Instalación de fecha 6 de mayo del 2010.
- Que MACRON presentó su demanda dentro del plazo dispuesto y ejerció plenamente su derecho de defensa.
- Que SEDAM HUANCAYO fue debidamente emplazada con la demanda, la cual contestó dentro del plazo que tenía para hacerlo y que ha ejercido plenamente su derecho de defensa.
- Que en la Audiencia de conciliación y determinación de puntos controvertidos, de 25 de octubre del 2010 ambas partes procedieron a precisar la controversia materia de este arbitraje así como ampliaron y precisaron los petitorios contenidos en la demanda y la contestación; señalándose en mérito a estas precisiones, con la participación de los abogados de las partes los puntos controvertidos o cuestiones que serán materia del presente arbitraje.
- Que las partes han tenido plena oportunidad para ofrecer y actuar las pruebas ofrecidas.
- Que las partes han tenido la facultad de presentar alegatos e, inclusive, de informar oralmente.

- Que el Árbitro Único procede a laudar dentro de los plazos dispuestos en el presente proceso arbitral.

XI.- CONSIDERACIONES PREVIAS PARA LA PONDERACIÓN DE LAS PRETENSIONES DE LAS PARTES EN ESTE PROCESO.-

En la formulación del presente laudo se ha tenido en cuenta que un Estado Constitucional del Derecho, como es el nuestro, el conjunto de normas que constituyen el derecho objetivo, constituye un ordenamiento jurídico sistemático, que siguiendo el postulado Kelseniano, es también un ordenamiento jerárquico en cuya cúspide se encuentra la Constitución del Estado, que constituye la norma suprema, y norma legal aplicable directamente desde cuyos valores y postulados, debe interpretarse y aplicarse las demás normas jurídicas. (Fuerza Normativa de la Constitución).

Los operadores del derecho, y en especial los jueces y árbitros, deben interpretar y aplicar las leyes del ordenamiento jurídico en forma tal, que no sólo contradigan los postulados constitucionales sino que además hagan efectivos los derechos fundamentales, entre ellos el de la tutela jurisdiccional y debido proceso, previstos en el artículo 139 inciso 3° de la Constitución del Estado y desarrollados en el artículo 4 del Código Procesal Constitucional.

El **TRIBUNAL CONSTITUCIONAL** lo dice así:

"2.1.1.2.- LA CONSTITUCIÓN COMO FUENTE DE DERECHO.-"

"10.- Con relación a la Constitución como fuente de nuestro "derecho nacional", debe remarcarse que constituye el fundamento de todo el "orden jurídico" y la más importante fuente normativa. Al respecto, la doctrina apunta que:"

"La Constitución es la fuente suprema dentro del ordenamiento, que conforma el orden jurídico fundamental del Estado y de la sociedad."

"En cuanto norma suprema del ordenamiento, la Constitución prevalece sobre todas las demás y en ese sentido condiciona el resto de las normas, por cuanto determina la invalidez de aquellas que formal o materialmente contradigan las prescripciones constitucionales."

"Es por ello que:

"La Constitución... termina convirtiéndose en el fundamento de validez de todo lo ordenamiento instituido por ella. De manera que una vez que entra en vigencia, cualquier producción normativa de los poderes públicos e, inclusive, los actos y comportamientos de los particulares, deben guardarle lealtad y fidelidad. Ciertamente, no se trata sólo de una adhesión y

apoyo que pueda ser medido o evaluado en el plano de la moral o la ética, sino también de una exigencia de coherencia y conformidad de la que es posible extraer consecuencias jurídicas. La infidelidad constitucional, en efecto, acarrea la posibilidad de declarar la invalidez de toda norma o acto, cualquiera sea su origen, según los alcances que el mismo ordenamiento constitucional haya previsto.”

“2.1.1.3.- LA CONSTITUCIÓN COMO FUENTE DE FUENTES.-”

“11.- En cuanto a la consideración de que la Constitución es la “fuente de las fuentes de derecho” y la que regula la producción normativa o disciplina los modos de producción de las fuentes, Francisco Balaguer Callejón apunta que ésta es:”

“...además, la fuente que incorpora las normas fundacionales del ordenamiento mismo, a partir de las cuales se determinará la legitimidad del resto de las normas del sistema jurídico.”

EXPEDIENTE 00047-2004-AI/TC

Esta es la razón por la cual las normas contenidas en la Ley de Arbitraje y su Reglamento deben aplicarse en forma sistemática con las normas relativas a la contratación referidas en el Código Civil y el ordenamiento jurídico en general.

En consecuencia, en cuanto a las lagunas contractuales, éstas se llenarán acudiendo al TUO y a su Reglamento. Si las normas mencionadas no llenan el vacío existente, se aplicarán supletoriamente las disposiciones del Código Civil y, en su defecto, el Árbitro Único resolverá discrecionalmente, de acuerdo con lo prescrito en el artículo 34 y 40 de **LA LEY DE ARBITRAJE**, y en los artículos 20; 28; 29; 30 y 31 del Acta de Instalación del Tribunal Arbitral, respectivamente:

CONSTITUCIÓN.-

“ARTÍCULO 51.- JERARQUÍA Y PUBLICIDAD DE LAS NORMAS.-”

La Constitución prevalece sobre toda norma legal; la ley, sobre las normas de inferior jerarquía, y así sucesivamente. La publicidad es esencial para la vigencia de toda norma del Estado.”

“ARTÍCULO 139.- INCISO 5.-“

“Son principios y derechos de la función jurisdiccional:”

“5. La motivación escrita de las resoluciones judiciales en todas las instancias, excepto los derechos de mero trámite, con mención expresa de la ley aplicable y de los fundamentos de hecho en que se sustentan.”

LEY DE ARBITRAJE.- Decreto Legislativo N° 1701.-

“ARTÍCULO 34.- LIBERTAD DE REGULACIÓN DE ACTUACIONES.-“

“1.- Las partes podrán determinar libremente las reglas a las que se sujeta el Tribunal Arbitral en sus actuaciones. A falta de acuerdo o de un reglamento arbitral aplicable, el Tribunal Arbitral decidirá las reglas que considere más apropiadas teniendo en cuenta las circunstancias del caso”

“2.- El Tribunal Arbitral deberá tratar a las partes con igualdad y darle a cada una de ellas suficiente oportunidad de hacer valer sus derechos.”

“3.- Si no existe disposición aplicable en las reglas aprobadas por las partes o por el Tribunal Arbitral, se podrá aplicar de manera supletoria, las normas de este Decreto Legislativo. Si no existe norma aplicable en este Decreto Legislativo, el Tribunal Arbitral podrá recurrir, según su criterio, a los principios arbitrales así como a los usos y costumbres en materia arbitral.”

“4.- El tribunal arbitral podrá, a su criterio, ampliar los plazos que haya establecido para las actuaciones arbitrales, incluso si estos plazos estuvieran vencidos”

“ARTICULO 40.- COMPETENCIA DEL TRIBUNAL ARBITRAL.-“

“El Tribunal Arbitral es competente para conocer el fondo de la controversia y para decidir sobre cualesquiera cuestiones conexas y accesorias a ella que se promueva durante las

actuaciones arbitrales, así como para dictar las reglas complementarias para la adecuada conducción y desarrollo de las mismas.”

**TEXTO UNICO ORDENADO DE LA LEY DE
CONTRATACIONES Y ADQUISICIONES DEL ESTADO.-
Decreto Supremo N° 083-2004-PCM.**

“ARTICULO 41.-“

“...b) Solución de controversias.- Toda controversia surgida durante la etapa de ejecución del contrato, deberá resolverse mediante conciliación o arbitraje...”

“...c) Resolución de Contrato por Incumplimiento. En caso de incumplimiento por parte del contratista de alguna de sus obligaciones, que haya sido plenamente observada por la entidad, y no haya sido materia de la subsanación esta última podrá resolver el contrato; en forma total o parcial, mediante la revisión por la línea notarial del documento en el que se manifiesta esta decisión y el motivo que la justifica...”

“ARTICULO 42.-“

“... el contratista podrá solicitar la ampliación del contrato pactado por atrasos y/o paralizaciones ajenos a su voluntad, atrasos en el cumplimiento de sus prestaciones por causas atribuibles a la autoridad contratante y por casos fortuitos o fuerza mayor debidamente comprobados que modifiquen el calendario contractual.”

“Las discrepancias respecto de la procedencia de la ampliación del plazo se resuelven de conformidad con el procedimiento establecido en el inciso b) del artículo 41 de la presente Ley.”

**REGLAMENTO DE LA LEY DE CONTRATACIONES Y
ADQUISICIONES DEL ESTADO.- Decreto Supremo
N°084-2004-PCM**

“ARTÍCULO 201.- CONTENIDO DEL CONTRATO.-“

“El contrato está conformado por documentos que lo contienen, las bases integradas y la oferta ganadora, así como los documentos derivados del proceso de selección que establezcan obligaciones para las partes y que hayan sido expresamente señalados en el contrato.”

“...El contrato es obligatorio para las partes y se regula por las normas de este Título. Los contratos de obras se regulan, además, por el Capítulo III de este Título. En todo caso, son de aplicación supletoria las normas del Código Civil.”

“6.- La Ley aplicable es el Texto Único Ordenado de la Ley N° 26850 aprobado mediante el Decreto Supremo N° 083-2004-PCM y su Reglamento aprobado por el Decreto Supremo N° 084-2004-PCM. En caso de deficiencia o vacío del contrato o la legislación aplicable, el Tribunal Arbitral queda facultado para resolver a su entera discreción de conformidad con lo dispuesto por los artículos 34° y 40° de la LDA”.

“ARTICULO 210.- FALLAS O DEFECTOS PERCIBIDOS POR EL CONTRATISTA.-“

“El contratista debe de comunicar de inmediato a la comunidad de las fallas o defectos que advierta luego de la suscripción del contrato, sobre cualquier especificación o bien que la entidad le hubiere proporcionado.”

“La entidad evaluará las observaciones formuladas por el contratista y se pronunciará en el lapso de 7 días hábiles.”

“Si acoge las observaciones, la entidad deberá entregar las correcciones o efectuar los ambos correspondientes, empezando a correr nuevamente el plazo de la ejecución de la prestación, a partir de ese momento, de ser el caso.”

“En caso que las observaciones no fuesen admitidas la entidad hará la correspondiente comunicación para que el contratista continúe la prestación del objeto del contrato bajo responsabilidad de aquella respecto a las mencionadas observaciones.”

“ARTÍCULO 211.- RESPONSABILIDAD DE LA ENTIDAD.-“

“...La entidad es responsable de la obtención de las licencias, autorizaciones, permisos, servidumbre y similares para la ejecución de las obras, salvo que en las bases se estipule que la tramitación estará a cargo del contratista.”

“ARTICULO 215.- GARANTÍA DE FIEL CUMPLIMIENTO.-“

“...El postor ganador debe entregar a la entidad la garantía del fiel cumplimiento del mismo. Esta de verá ser emitida a un equivalente del 10 x 100 (100% del monto del contrato)

“ARTICULO 221.-“

“Las garantías solo se ejecutarán en los siguientes casos: 1) cuando el contratista no la hubiese renovado antes de la fecha de su vencimiento... 2) La garantía de fiel cumplimiento y la garantía adicional por el monto diferencial de propuesta se ejecutarán, en su totalidad, sólo cuando la resolución por la cual la entidad resuelve contrato por causa imputable al contratista, haya quedado consentida o cuando por laudo arbitral consentido y ejecutoriado se declare procedente la decisión de resolver el contrato... 3) Igualmente la garantía de fiel cumplimiento... cuando transcurrido tres días de haber sido requerido por la entidad, el contratista no hubiese cumplido con pagar el saldo... la liquidación final del contrato debidamente consentida o ejecutoriada en el caso de ejecución de obras

“ARTICULO 222.- PENALIDAD POR MORA EN LA EJECUCIÓN DE LA PRESTACIÓN.-“

En caso se retraso injustificado en la ejecución de las prestaciones, la entidad le aplicará al contratista una penalidad por cada día de atraso hasta un monto máximo equivalente al 10 x100 del monto contractual. Esta penalidad será deducida de los pagos a cuenta, del pago final o la liquidación final

ARTICULO 224.- RESOLUCIÓN DEL CONTRATO.-

“Cualquiera de las partes o ambas, pueden poner fin al contrato por un hecho sobreviniente a la suscripción del mismo, siempre que se encuentre previsto expresamente en las bases, en el contrato o en el reglamento.”

ARTICULO 225.- CAUSALES DE RESOLUCIÓN.-

“La entidad podrá resolver el contrato de conformidad con el inciso c.- del artículo 41 de la Ley, en los casos que el contratista:”

“1.- Incumpla injustificadamente obligaciones contractuales... pese a haber sido requerido para ello.”

“2.- Haya llegado a acumular el monto máximo por la penalidad por mora en la ejecución de la prestación a su cargo.”

“ARTICULO 226.- PROCEDIMIENTO O RESOLUCIÓN DEL CONTRATO.-“

“Si alguna de las partes falta al cumplimiento de sus obligaciones, la parte perjudicada deberá requerirla mediante carta notarial para que las satisfaga en un plazo no mayor de 5 días bajo apercibimiento de resolver el contrato... “

“Dependiendo del monto contractual y de la complejidad... la entidad puede establecer plazos mayores pero en ningún caso mayor a 15 días, plazo éste último que se otorgará necesariamente en el caso de obras. Si vencido dicho plazo, el incumplimiento continua la parte perjudicada resolverá el contrato en forma parcial o total, mediante carta notarial.”

“... el requerimiento que se efectúa deberá precisar con claridad que parte del contrato quedaría resuelto si persistiera el incumplimiento.

De no hacerse tal precisión se entenderá que la resolución será total en caso de persistir el incumplimiento.

ARTICULO 227 .-

Si la parte perjudicada es la entidad, esta ejecutará las garantías que el contratista hubiese acortado...”

“Cualquier controversia relacionada con la ejecución del contrato podrá ser sometida por la parte interesada a conciliación y/o arbitraje dentro de los quince días hábiles de comunicada la resolución.

ARTICULO 232.- AMPLIACIÓN DEL PLAZO CONTRACTUAL.-

“Procede la ampliación del plazo en los siguientes casos:...2) por atrasos o imputaciones no imputables al contratista; 3) por atrasos o paralizaciones en el cumplimiento de la prestación del contratista por culpa de la entidad.

El contratista deberá solicitar la ampliación dentro de los siete días hábiles de aprobado el adicional o de finalidad o el hecho del atraso o paralización.

La entidad resolverá sobre dicha solicitud en idéntico plazo. Computados desde su presentación. De no existir pronunciamiento expreso se tendrá por aprobada la solicitud del contratista...

Cualquier controversia relacionada con la ampliación del plazo por parte de la entidad, podrá ser sometida a conciliación y/o arbitraje dentro de los quince días posteriores a la comunicación de esta decisión

ARTICULO 254.- CUADERNO DE OBRA.- ANOTACIÓN DE DOCUMENTOS.-

En el cuaderno de obra se anotarán los hechos relevantes que ocurran durante la ejecución de ella. Firmando a pie de cada anotación el inspector o supervisor el residente, según sea el que efectuó la anotación.

ARTICULO 258.-

De conformidad con el artículo 42 de la ley, el contratista podrá solicitar la ampliación del plazo pactado por las siguientes causales, siempre que modifiquen el calendario de avance de obra vigente.

1.- Atrasos y/o paralizaciones por causas no atribuibles al contratista.

2.- Atrasos en el cumplimiento de sus prestaciones por causas atribuibles a la entidad.

ARTICULO 259.- PROCEDIMIENTO.-

Para que proceda una ampliación de plazo de conformidad con lo establecido en el artículo precedente, durante la ocurrencia de la causal, el contratista, por intermedio de su residente, deberá anotar en el cuaderno de obra las circunstancias que a su criterio ameriten ampliación de plazo... dentro de los siete días siguientes el inspector o supervisor emitirá un informe expresando opinión sobre la solicitud de ampliación de plazo y lo remitirá a la entidad. La entidad emitirá resolución sobre dicha ampliación en un plazo máximo de 10 días... toda solicitud de ampliación de plazo debe efectuarse dentro del plazo vigente de ejecución.

Cuando se sustenten en causales diferentes o de distintas fechas, cada solicitud de ampliación de plazo deberá tramitarse y ser resuelto independientemente.

En tanto se trate de causales que no tengan fecha prevista de conclusión, la entidad podrá otorgar ampliaciones de plazos parciales... cualquier controversia relacionada con la ampliación del plazo por parte de la entidad podrá ser sometida a conciliación o d arbitraje."

CÓDIGO CIVIL.-

"ARTÍCULO 168.-"

"El acto jurídico debe ser interpretado de acuerdo con los que se haya expresado en él y según el principio de la buena fe."

"ARTÍCULO 169.-"

"Las cláusulas de los actos jurídicos se interpretan las unas por medio de las otras, atribuyéndose a las dudosas el sentido que resulte del conjunto de todas".

En la Exposición de Motivos del Código Civil se explica que:

"Se ha optado por un criterio de interpretación interdependiente o sistemático que no permite una interpretación aislada y excluye la posibilidad de que puedan alegarse pactos contradictorios, pues cada cláusula debe quedar enmarcada dentro del conjunto del acto jurídico y, por ello, para encontrar el sentido de cada cláusula es imprescindible encontrar el sentido de las demás".

CÓDIGO CIVIL. EXPOSICIÓN DE
MOTIVOS Y COMENTARIOS. Tomo IV. Op. Cit.
Págs. 297 y 298.

"ARTÍCULO 1351.-"

"El contrato es de acuerdo de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial."

"ARTÍCULO 1352.-"

“Los contratos se perfeccionan por el consentimiento de las partes, excepto aquellos que, además, deben observar la forma señalada por la ley bajo sanción de nulidad.”

CÓDIGO PROCESAL CIVIL.-

“ARTÍCULO VII.-JUEZ Y DERECHO.-“

“El juez debe aplicar el derecho que corresponda al proceso, aunque no haya sido invocado por las partes o la haya sido erróneamente. Sin embargo, no puede ir más allá del petitorio ni fundar su decisión en hechos diversos de los que han sido alegados por las partes.”

“ARTÍCULO 188.- FINALIDAD.-“

“Los medios probatorios tienen por finalidad acreditar los hechos expuestos por las partes, producir certeza en el Juez respecto de los puntos controvertidos y fundamentar sus decisiones.”

“ARTÍCULO 194.- PRUEBAS DE OFICIO.-“

“Cuando los medios probatorios ofrecidos por las partes sean insuficientes para formar convicción, el Juez, en decisión motivada e inimpugnable, puede ordenar la actuación de los medios probatorios adicionales que considere convenientes.”

“Excepcionalmente, el Juez puede ordenar la comparecencia de un menor de edad con discernimiento a la audiencia de pruebas o a una especial.”

“ARTÍCULO 196.- CARGA DE LA PRUEBA.-“

“Salvo disposición legal diferente, la carga de probar corresponde a quien afirma hechos que configuran su pretensión, o a quien los que configuran su pretensión, o a quien los contradice alegando nuevos hechos.”

“ARTÍCULO 197.-.VALORACIÓN DE LA PRUEBA-“

“Todos los medios probatorios son valorados por el Juez en forma conjunta, utilizando su apreciación razonada. Sin embargo, en la resolución sólo serán expresadas las valoraciones esenciales y determinantes que sustentan su decisión.”

PRINCIPIOS INTERPRETATIVOS A APLICARSE POR EL ÁRBITRO ÚNICO.-

En su labor *interpretativa*, el Tribunal Arbitral tendrá presentes los siguientes principios interpretativos:

- **De conservación del contrato**, por el cual cuando una cláusula del *contrato* es susceptible de interpretarse en dos sentidos deberá entenderse en aquél que puede producir algún efecto y no en el que no genere ninguno.

La *interpretación*, como señala Diez Picazo:

“...debe dirigirse a que el contrato o cláusula discutida sea eficaz. Entre una significación que conduce a privar al contrato o a la cláusula de efectos y otra que le permite producirlos, debe optarse por esta última”.

DIEZ-PICAZO, LUIS. FUNDAMENTOS DE DERECHO
CIVIL PATRIMONIAL. Volumen I. Editorial
Civitas. Madrid, 1993. Pág. 396.

- **De la búsqueda de la voluntad real de las partes**, que es la posición asumida por el Código Civil Peruano cuando se presenta alguna discrepancia entre lo declarado por las partes y lo querido por ellas. En efecto, en el último párrafo del artículo 1361° del Código Civil se establece la presunción “*iuris tantum*” que “la declaración expresada en el contrato responde a la voluntad común de las partes y quien niegue esa coincidencia debe probarla”.

Esto quiere decir que el análisis de todos y cada uno de los documentos del Contrato deberá hacerse de manera integral y completa teniendo en cuenta la “voluntad común”, a la que en la Exposición de Motivos del Código Civil se la define como:

"...los fines idénticos buscados por los contratantes y que se expresan en la declaración que formulan al celebrar el contrato. No se trata, por consiguiente, del objetivo que busca cada contratante por si mismo; y hay que presumir que lo que aparece en la relación contractual responde a esa intención, considerada de un modo integral y referida al contrato como un todo".

ARIAS SCHREIBER PEZET, MAX. CÓDIGO CIVIL.

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS Y COMENTARIOS.

Tomo VI. Comisión Encargada del Estudio y Revisión del Código Civil. Compiladora Delia Revoredo de Debakey. Lima. 1985. Pág. 25.

- **De la Buena fe**, que según Cabanellas es el modo sincero y justo con que en los contratos procede uno, sin tratar de engañar a la persona con que uno lo celebra. Es la convicción de que el Acto realizado es lícito. Se trata de la buena intención, de la carencia de recelo.

CABANELLAS GUILLERMO. DICCIONARIO

ENCICLÓPEDICO DE DERECHO USUAL. Edit.

Heliasta. Argentina. 1981. 20 Edición. Pág. 521.

La doctrina al respecto destaca que no es otra cosa que la aplicación de las ideas de confianza y auto responsabilidad en la interpretación. Así tenemos que:

"... si una de las partes, con su expresión o su declaración, suscitó en la otra una confianza en el sentido objetivamente atribuible a dicha declaración, esta parte no puede impugnar este sentido y pretender que el contrato tiene otro diverso."

DIEZ-PICAZO, LUIS. OP. CIT. Volumen I. Pág. 398.

Es por esta razón, que los supuestos en que corresponde integrar -por vía del principio de la buena fe- el estatuto regulador de una determinada relación son, como expresa Ferreira Rubio:

"...dos: la falta de regulación de una hipótesis dada y la necesidad de corregir una regulación contraria a la buena fe".

FERREIRA RUBIO, D. Matilde. LA BUENA FE.
Editorial Montecorvo S.A. Madrid. 1984. Pág.200.

Se aplicará asimismo, las siguientes normas del:

MÉTODOS DE INTERPRETACIÓN.-

Además, para la labor de interpretación del Contrato celebrado entre las partes es preciso recurrir a los métodos clásicos de la interpretación consistentes en la interpretación sistemática, interpretación integradora y la interpretación histórica.

En aplicación de **la interpretación sistemática**, es de aplicación lo dispuesto por el Artículo 169 del Código Civil, citado anteriormente, buscando correlacionar las diferentes cláusulas pactadas entre las partes para encontrar la unidad del sentido del contrato y de acuerdo a las normas de la buena fe y común intención de las partes.

En cuanto a la **aplicación de la interpretación integradora** no debe atribuirse a los contratantes una intención distinta a la que ellos han tenido al momento de contratar; pero, sin prescindir la voluntad supletoria o normas del ordenamiento jurídico que integran todo tipo de contrato. En aplicación de la interpretación integradora, se reitera que debe recurrirse a las fuentes del derecho partiendo de la Constitución, las normas contenidas en las Leyes infra constitucionales en este caso la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado y su Reglamento, el propio contrato y las normas supletorias del Código Civil. A cuyas fuentes deben agregarse como elemento ilustrador y doctrinario las Opiniones Consultivas de la OSCE.

Mediante este mecanismo interpretativo se ubica todo el contenido contractual, el que es indispensable conocer porque en la fase de ejecución del contrato sólo es exigible el contenido del mismo.

Así tenemos que en el contenido del Contrato se ubican:

1.- Las normas contractuales propiamente dichas, conformadas:

En primer lugar, por lo que las partes convinieron en las cláusulas del Contrato, en donde se ubican todas y cada una de las prestaciones a cargo de las partes.

En segundo lugar, por los documentos del Contrato. En este caso, conforme a la Cláusula Segunda del Contrato, tales documentos son: las bases

administrativas integradas, la propuesta técnica, la propuesta económica y el acta de otorgamiento de la Buena Pro.

Con este criterio, en el primer párrafo del artículo 201° del Reglamento se regula el contenido del contrato, disponiendo lo siguiente:

"ARTÍCULO 201°.- Contenido del contrato El contrato está conformado por el documento que lo contiene, las Bases integradas y la oferta ganadora, así como los documentos derivados del proceso de selección que establezcan obligaciones para las partes y que hayan sido expresamente señalados en el contrato..."

2.- Las normas imperativas que son de obligatoria observancia y que integran necesariamente el contenido contractual. En este caso, se trata de las normas de la LCAE y su Reglamento.

3.- Las normas supletorias que llenan el vacío dejado por las partes al momento de contratar y no previsto tampoco por la LCAE y su Reglamento. Para el presente proceso, como ya explicó anteriormente la Arbitro Único, se aplican los principios generales del derecho y las normas del Código Civil.

Por lo tanto, el contenido del Contrato se forma con las normas contractuales propiamente dichas que de suyo le corresponden y en donde se ubican todas y cada una de las prestaciones establecidas en el Contrato, en las Bases Integradas y en la oferta ganadora, a las que deberán sumársele las normas imperativas de la LCAE y su Reglamento, así como las del Código Civil, que supletoriamente integran el contenido contractual.

De esta manera, la interpretación integradora del Contrato preserva la coherencia de éste con el ordenamiento jurídico.

Finalmente, **la interpretación histórica** que está constituida por los antecedentes y circunstancias que motivaron la celebración del contrato y también los hechos o conductas posteriores de ambas partes hasta el momento que se produjo la discordia que ha dado motivo a las pretensiones que son materia de esta controversia. Siguiendo a Diez Picasso"

"...la conducta o comportamiento de las partes en la preparación de las prestaciones contractuales y en la espontánea ejecución de las mismas (sobre todo cuando todavía no existían temas controvertidos) por ser un signo indubitado de la forma como en ese momento entendían el contrato que las ligaba".

DIEZ-PICAZO, LUIS.

XII.- CONTRATO.-

MACRON y **SEDAM HUANCAYO** celebraron con fecha 12 de diciembre del 2007 el denominado "Contrato de Obra para Ejecución de Obra N° 154-2007-SEDAM HUANCAYO S.A., en mérito de la adjudicación efectuada en el procedimiento especial de selección N° 004-2007.

12.1.- DEL OBJETO DEL CONTRATO.-

Consta de la cláusula segunda del contrato que el objeto del mismo fue la ejecución de la obra "Mejoramiento del Sistema de Agua Potable y Alcantarillado Sanitario de los Sectores Medio y Alto Chilca – Chilca – Huancayo – Junín"; de conformidad con las bases administrativas, especificaciones técnicas, acta de adjudicación, documentos del procedimiento especial de selección y los términos de la oferta técnica económica presentada por el contratista, todo lo que forma parte integrante del contrato.

XIII.- DESARROLLO DE LAS CUESTIONES MATERIA DE PRONUNCIAMIENTO DEL ÁRBITRO ÚNICO.-

Como se tiene indicado en el apartado V, las partes de común acuerdo han determinado las siguientes cuestiones que son materia de pronunciamiento arbitral.

13.1.- PRIMER PUNTO CONTROVERTIDO.-

Referido a **determinar si la resolución del contrato N° 154-2007-SEDAM HUANCAYO se ha producido de acuerdo a las causales contenidas en las bases y las normas sobre contratación aplicable referidas en los Decretos Supremos N° 083-2004-PCM y su Reglamento aprobado por D.S. 084-2004-PCM.**

Al respecto en, en el procedimiento arbitral existen los siguientes medios probatorios que llevan a persuadir a este Árbitro que la resolución del contrato en mención se ha producido en aplicación de las normas legales referidas anteriormente, motivadas por la conducta contractual de MACRON.

En el expediente arbitral están probados los siguientes hechos:

13.1.1.- LA DEMANDANTE reconoce en el apartado 2.1.- de su demanda 1.- Antecedentes.- que con fecha 27 de setiembre del 2007, SEDAM HUANCAYO emitió la resolución de Gerencia Regional N° 148-2007 mediante la cual aprobó los expedientes técnicos para la ejecución de la obra, entre otras, mejoramiento del sistema de agua potable y alcantarillado sanitario de los sectores Medio y Alto Chilca.

Hecho que no ha sido negado por SEDAM HUANCAYO

13.1.2.- Consta de la cláusula sétima del contrato que la obra materia en referencia debió ser entregada en el plazo de 150 días computados a partir de la entrega del terreno.

13.1.3.- Está probado que mediante resolución N° 245-2008 SEDAM HUANCAYO de 3 de setiembre del 2008, se resolvió aprobar la ampliación del plazo en la ejecución de la obra materia de este proceso arbitral en 45 días calendarios, que vencía el 12 de setiembre del 2008 (primera ampliación).

Que luego mediante resolución de gerencia general N° 343-2008 -SEDAM HYO S.A. de 4 de diciembre del 2008 se aprobó una segunda ampliación de plazo para la ejecución de la obra por 45 días que vencía el 25 de diciembre del 2008.

Que mediante resolución gerencial N° 009-2009 de 20 de enero del 2009 se aprobó una tercera ampliación para la ejecución de la obra sub materia por 30 días que vencía el 24 de enero del 2009.

Finalmente, que mediante resolución de gerencia regional N°032-2009 SEDAM HUANCAYO de 13 de febrero del 2009 se aprobó la ampliación del plazo por cuarta vez para la ejecución de la obra tantas veces referida, por un plazo de 46 días que vencía el 11 de marzo del 2009.

13.1.4.- Está probado que mediante carta N° 019-2009 SEDAM HUANCAYO S.A./SGEII de 8 de abril del 2009, adjuntada por LA DEMANDANTE MACRON en su recurso de 19 de julio del 2011, que SEDAM HUANCAYO notificó a LA DEMANDANTE MACRON, la resolución de Gerencia Regional N° 068-2009 SEDAM HYO S.A. de fecha 8 de abril del 2009 mediante la cual se declaró improcedente la solicitud de ampliación de plazo N° 05.

13.1.5.- Que en consecuencia, de conformidad con lo dispuesto con el artículo 259 del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, D.S. 084-2004-PCM, LA DEMANDANTE MACRON tenía el plazo de 15 días hábiles a partir de la notificación con la indicada carta denegatoria de la quinta

ampliación para requerir a conciliación o arbitraje de no encontrarse conforme con la decisión desestimatoria.

13.1.6.- Lejos de recurrir al referido trámite establecido en la Ley, LA DEMANDANTE MACRON continuó enviando una serie de comunicaciones a SEDAM HUANCAYO haciéndole conocer sobre diferentes trámites que venía realizando ante proveedores de servicios, pero sin concretar expresamente una solicitud o petición formal de ampliación de plazo .

Así tenemos que tal como lo refiere en su demanda, cursó las siguientes comunicaciones:

- a. Carta N° 005 de 27 de abril del 2009 haciendo conocer una propuesta técnica de bomba y motor,
- b. LA DEMANDANTE mediante carta N° 005-2009 de fecha 27 de abril del 2009 remitió a LA DEMANDADA SEDAM HUANCAYO la propuesta técnica de bomba y motor que formarían parte del equipamiento de la caseta de rebombeo de la obra y que LA DEMANDADA mediante carta N° 410-2008, le comunicó que según opinión de los especialistas, dicha propuesta no era la más recomendada. (Fundamento 9.1.- de la demanda)

Efectivamente, en la indicada carta consta que efectivamente SEDAM HUANCAYO manifiesta que con referencia a las especificaciones de la bomba y tablero eléctrico éstas han sido observadas por las siguientes razones:

- 1. Bomba : 70% debe ser 75%
- 2. NPSH : Requerido 3.0 MT debe ser negativo
- 3. Diámetro de succión : 100 mm BB. Debe ser 150 mm. (6")
- 4. Diámetro de descarga: 65 mm BB. Debe ser 200 mm (8")
- 5. Tensión nominal : 220 voltios. Debe ser 440V/ 220V
- 6. Factor de servicio : 1. Debe ser de 1.15 mínimo.
- 7. Tablero eléctrico :
 - 7.1. Relé de máxima y mínima tensión debe adicionar pérdida e inversión de fase
 - 7.2. Falta el voltímetro – amperímetro y vatímetro
- c. Mediante carta N° 55-2009-MACRON de 20 de mayo del 2009, recepcionada por la oficina de trámite documentario de LA DEMANDADA el mismo 20 de mayo a las 3:45, LA DEMANDANTE MACRON comunicó a LA DEMANDADA que el proveedor ARGUESA MINERÍA Y CONSTRUCCIÓN le solicitaba 75 días calendarios "para poder atendernos con la

instalación de la electrobomba", "razón por la cual solicito a usted su atención al respecto".

- d. Mediante carta de 29 de mayo del 2009 que LA DEMANDANTE manifestó a LA DEMANDADA, representada por su Gerente General Carlos Meza Méndez, que "con relación a la atención en coordinación con su despacho y el área técnica de SEDAM HUANCAYO, respecto a las características técnicas de la electrobomba respecto al expediente técnico de la bomba, hago llegar una nueva propuesta de electrobomba de acuerdo a las características técnicas solicitadas para lo cual adjunto el informe técnico de la empresa ARGUESA Minería y Construcción.

13.1.7.- No está probado que LA DEMANDANTE haya remitido a SEDAM HUANCAYO, con fecha 3 de abril del 2009, las propuestas técnicas con sus especificaciones técnicas y sus respectivos ábacos de curvas de operaciones, cuyas especificaciones técnicas han sido presentadas por LA DEMANDANTE con su escrito de 19 de julio del 2011, puesto que no se ha acompañado la carta en mención, ni esta obra en el expediente administrativo remitido por LA DEMANDADA y cuyo contenido no ha sido observado por LA DEMANDANTE, pese también a que en la audiencia de sustentación de informes orales realizada con fecha 19 de mayo del 2011 se exhortó a ambas partes para que cumpliesen con acompañar las comunicaciones faltantes, razón por la que se señaló nueva fecha para la sustentación de los mencionados alegatos e informes orales.

13.1.8.- Está probado también que mediante carta notarial N° 33-2009-SEDAM HYO.S.A./GG de 20 de mayo del 2009 SEDAM HUANCAYO notificó a MACRON imputándole la no culminación de la obra contratada y conminándola a cumplir con la culminación de dicha obra en el plazo máximo de 15 días naturales, a cuyo vencimiento de continuar el incumplimiento, procedería a resolver el contrato de ejecución de obra N° 154 – 2007-SH.S.A de 12 de diciembre del 2007. Asimismo, se le imputó a MACRON haber llegado a acumular el monto máximo de la penalidad por mora en la ejecución de la prestación a su cargo

Copia de esta carta ha sido presentada por LA DEMANDADA al contestar su demanda, pero sin la constancia notarial de entrega de la misma. Sin embargo, LA DEMANDADA MACRON a acompañado a su escrito de 19 de julio del 2011 la copia de la mencionada carta en cuya parte inferior consta el sello de recepción de 22 de mayo del 2009. Documento que no ha sido observado por LA DEMANDANTE y que por tal razón se le tiene por cierto, en cuanto a la fecha de su recepción..

- 13.1.9.-** Con fecha 9 de junio del 2009, nuevamente SEDAM HUANCAYO, dando contestación a la carta notarial N° 33-2009-SEDAM HUANCAYO que le cursó LA DEMANDADA (y que recepcionó el 22 de mayo) manifestó lo siguiente:

“...comunicarle que con atención al documento de la referencia y a las coordinaciones realizadas por su despacho y el área técnica y su representada que tan dignamente la dirige, le estamos haciendo llegar la propuesta de una bomba sumergible que cumple con las características técnicas requeridas para el buen funcionamiento del sistema de bombeo... el plazo de entrega que le ofrece los proveedores es de 28 días (4 semanas calendario) razón a ello es que solicito a su despacho realizar la evaluación respectiva a fin de que nos comuniquen de ser viable, podamos iniciar el contrato con dicho proveedor... y poder cumplir con la entrega de la obra en perfecto funcionamiento al 100% en el más breve plazo.

Como se podrá observar se trata de una comunicación de tipo informativa que no tiene ninguna eficacia legal con referencia a los términos y plazo otorgado formalmente para la culminación de la obra.

- 13.1.10.-** Se encuentra probado que mediante carta notarial N° 040-2009-SEDAM JHYO S.A. GG de fecha 15 de junio del 2009 se notificó a LA DEMANDANTE MACRON la resolución del contrato N° 154-2007-SEDAM HUANCAYO S.A. por las causales de incumplimiento reiterado, mora en la culminación de la obra, prevista por el artículo 222 del Reglamento de la Ley; por incumplimiento en la culminación de la obra en aplicación del artículo 222 in fine del reglamento de la Ley y por haber alcanzado en penalidades acumuladas el monto máximo del 10% del valor del contrato en aplicación del inciso 2 del artículo 225 del reglamento de la Ley. Asimismo, se invocó las cláusulas: décimo sexta y décimo novena del contrato.

- 13.1.11.-** Frente a la resolución del contrato, LA DEMANDANTE remitió la Carta Notarial N° 041-MACRON de 16 de junio del 2009, LA DEMANDANTE hace un resumen de las comunicaciones que se han cursado a partir del 20 de mayo, precisando que en una reunión del 8 de junio celebrada con LA DEMANDADA:

“Se definió y acordó por una bomba sumergible que cumpla con las características del sistema de bombeo, en relación a la instrucción de 25 litros/agua hacia el reservorio que se ubica a una distancia de 1,000 y a una altura de 100 metros, aproximadamente, con un motor de 50 HP”.

Agrega que:

“Tal es así que inmediatamente el mismo día martes 9 de julio a las en la tarde se ingresó la carta N° 037-2009/MCSAC-GG remitiendo la propuesta de la bomba mencionada en el párrafo anterior de la empresa servicios Industriales Calienes SAC quienes solicitaron un plazo de 28 días (4 semanas) calendarios, para la entrega de dicha bomba.

Asimismo:

“De todo lo expuesto no se ha tenido respuesta de su representada a la fecha, no pudiendo realizar la orden de compra respectiva, transcurriendo de esta manera los 15 días de plazo otorgado mediante su carta notarial N° 033-2009, muy por el contrario con fecha de ayer lunes 15 de junio nos remiten una carta notarial N° 040-2009-SEDAM HYO SAC/GG de notaria N° U 21167, del a notaria Landazuri Golffer, resolviendo el contrato N° 154-2007-SEDAM HYO SA sin que hayamos tenido respuesta a la propuesta de la bomba y sea el motivo de incumplimiento al contrato como causal de dicha resolución”

Y concluye solicitando que

“Se deje sin efecto la mencionada carta notarial que resuelve el contrato y que SEDAM HUANCAYO se pronuncie a la propuesta de la bomba.”

Es de destacar que en esta comunicación LA DEMANDANTE reconoce haber recibido la carta de resolución del contrato el mismo día 15 de julio del 2009.

De las comunicaciones anteriormente reseñadas el Árbitro considera que está acreditado plenamente que pese ha haberse ampliado el plazo para la ejecución del contrato hasta en cuatro oportunidades, MACRON, ha incumplido con la culminación de la obra y al denegársele la quinta ampliación del plazo, no hizo uso de los mecanismos de conciliación y/o arbitraje que le concede la Ley, limitándose a poner en conocimiento de LA DEMANDADA SEDAM HUANCAYO, las gestiones y diferentes tratos que venía sosteniendo con diferentes empresas, pero como lo reconoce sin haber llegado con ninguna de ellas a un trato definitivo.

3.1.12.- En cuanto a la causal de resolución del contrato invocada por SEDAM HUANCAYO respecto a que se le ha impuesto a MACRON penalidad que ha superado el 10% del monto del contrato, si bien no se ha producido en autos prueba al respecto, también es verdad que MACRON no ha negado ni cuestionado ni impugnado esta aseveración contenida como

causal expresa de resolución del contrato. Este hecho no ha sido probado durante la tramitación del proceso administrativo ni con el expediente administrativo acompañado.

- 3.1.13.-** MACRON en su escrito de 5 de abril del 2011 ha manifestado que las obras no han podido concluir la obra debido a que el expediente técnico adolecía de deficiencias técnicas que requerían ser modificadas por lo que en todo momento solicitó la autorización y aprobación para la colocación del equipamiento necesario (cambio de las especificaciones técnicas de la bomba – electrobomba), proponiendo la adquisición de una bomba sumergible que cumpliera las características técnicas requeridas para el buen funcionamiento del sistema de bombeo. Y que posteriormente SEDAM HUANCAYO ha convocado la adquisición de una electrobomba sumergible lo que demuestra que es el tipo de bomba propuesta por LA DEMANDANTE y rechazada en forma injusta y arbitraria por SEDAM; no obstante no se ha acompañado medio probatorio alguno que sustente estas afirmaciones (principio onus probandi).

En consecuencia, emitiendo pronunciamiento respecto del primer punto controvertido, este Árbitro está persuadido que la resolución del contrato N°154-2007 se ha producido por las causales previstas en los artículos 2.22.- y 225 inciso 2.- del D.S. N° 084-2004-PCM en aplicación de las cláusulas décimo novena y décimo sexta del contrato, invocadas y acreditadas por SEDAM HUANCAYO.

13.2.- SEGUNDO PUNTO CONTROVERTIDO.-

Determinar, si la liquidación final de la obra se ha realizado con arreglo a las bases, el contrato referido y las normas sobre contratación aplicables, es decir, el Texto Único Ordenado de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, aprobado por Decreto Supremo N° 083-2004-PCM y su Reglamento, aprobado por Decreto Legislativo N° 084-2004-PCM.

- 13.2.1.-** Respecto de este punto controvertido LA DEMANDANTE sostiene que mediante carta N° 040-2009 de fecha 15 de junio del 2009, SEDAM HUANCAYO le comunicó su decisión de resolver el contrato y disponer la intervención física y financiera de la obra **(Fundamento 13.- de la demanda).**

- 13.2.2.** Que mediante carta notarial N° 043-2009-SEDAM HUANCAYO S.A. de 18 de junio del 2009 LA DEMANDADA comunicó a MACRON que habiendo resuelto el contrato procede a la intervención económica (física y financiera de la obra) que se realizará el 20 de junio del 2009; fecha que fue modificada para el día 24 de junio del 2009, según carta notarial N° 48-2009 de fecha 20 de junio y cursada por SEDAM, efectuándose la intervención en el día 24 de junio en ausencia de MACRON; sin embargo, dicha diligencia se llevó a cabo sin la partición de MACRON debido a que la carta notarial N°049-2009 (que señaló la fecha para la diligencia de intervención le fue notificada después de que dicha intervención se produjo, esto es el 25 de junio del 2009, lo que dejó constancia mediante carta notarial N° 049).

Finalmente, indica que se ha vulnerado el artículo 264 del Reglamento de la Ley ya que la intervención económica de la obra, se adopta por consideraciones de orden técnico con la finalidad de culminar la ejecución de los trabajos, sin llegar al extremo de resolver el contrato. Por cuya razón, se está frente a dos hechos contradictorios ya que los actos administrativos de resolución de contrato e intervención económica se han dictado contraviniendo la ley de la materia.

Por su parte LA DEMANDADA reconoce que mediante carta notarial N° 040-2009 de fecha 15 de junio del 2009 se notificó la resolución del contrato. **Pero sin emitir ningún pronunciamiento con respecto al cargo de que la intervención financiera de la obra se habría realizado en la forma indicada.**

Es de precisar que no se ha probado por parte de LA DEMANDANTE, que la carta notarial N° 48-2009 que señaló fecha para la intervención de la obra hubiese sido entregada el día 25 de junio como lo afirma en su demanda

- 13.2.3.-** El artículo 264 del Reglamento de la Ley estipula que la intervención económica de la obra es una medida que se puede adoptar con la finalidad de culminar la ejecución de los trabajos, sin llegar al extremo de resolver el contrato, pues esta medida no deja al contratista al margen de su participación contractual. Sólo si el contratista rechaza la intervención económica el contrato será resuelto.

Frente al incumplimiento de los términos del contrato, la norma legal faculta a la entidad por optar por la resolución del contrato, o por la intervención económica de la obra.

En el caso sub materia, como se tiene analizado, la entidad optó por la resolución de la obra. De tal forma que no podía simultáneamente acudir al mecanismo de la intervención física y financiera de la obra.

Sin embargo, el Árbitro no puede emitir pronunciamiento respecto a las circunstancias, modo y forma en que se podía haber ejecutado la denominada intervención de la obra porque las partes no han acompañado ningún medio probatorio al respecto ni tampoco ello es materia de los puntos controvertidos.

En cuanto a que si la liquidación final de la obra se habría realizado con arreglo a la Ley, el Reglamento, el Contrato y las bases, es de observar que el trámite para dicha operación se halla previsto por el artículo 269 del Reglamento. Y dicha liquidación procede una vez que la resolución del contrato haya quedado firme.

En consecuencia, de la prueba actuada en este proceso, no se acreditado que se haya practicado la liquidación de la obra conforme a la norma anteriormente señalada, en cuya oportunidad, deberá ventilarse las pretensiones referidas al monto ejecutado de la obra e interés legales; dejándose a salvo el derecho de las partes para que lo hagan valer en la forma y modo que vieren conveniente en su oportunidad.

13.3.- TERCER PUNTO CONTROVERTIDO.-

Determinar, si la ejecución de las cartas fianzas, consistentes en la garantía de Fiel Cumplimiento ascendente a S/147,075.00; la garantía de Adelanto Directo ascendente a S/52,520.40; y, finalmente la garantía de Adelanto de Materiales ascendente a S/104,691.04, han sido realizadas dentro del ordenamiento jurídico, las causales establecidas en el contrato y la normativa aplicable.

13.3.1.- De autos está probado que LA DEMANDANTE SEDAM, de conformidad con los términos de la carta notarial de 15 de junio del 2009, procedió a ejecutar las cartas fianzas descritas en la demanda, constituidas por la garantía de fiel cumplimiento ascendente a S/147.075.00; la garantía de adelanto directo ascendente a la suma de S/52.520.40; y la garantía de adelanto de materiales por la suma de S/104,691.04.

Por su parte LA DEMANDADA, reconoce que efectivamente procedió a cobrar las indicadas cartas tanto en su escrito de contestación a la demanda **(fundamento 12.-)** como el alegato formado en su defensa técnica de fecha 1 de febrero del 2012.

Asimismo, obra en el expediente el informe N° 536-2009-GT-AI suscrito por el jefe del área de ingeniería de SEDAM HUANCAYO con fecha 23 de junio del 2009.

Las cartas de fianzas, también corren acompañadas en autos, así como su constancia de haber sido ejecutada.

Ahora bien, conforme lo dispone el artículo 221 del Reglamento de la Ley, establece los tres casos en que procede la ejecución de las garantías.

En el caso sub materia, consta de la carta notarial N° 040-2009-SEDAM HYO SAC / GG se acredita fehacientemente que las cartas fianzas han sido ejecutadas simultáneamente con la resolución del contrato vulnerándose lo dispuesto por el artículo 221 inciso 2, que estipula que la garantía de fiel cumplimiento se ejecutará en su totalidad solo cuando la resolución por la cual la entidad resuelve el contrato por causa imputable al contratista, haya quedado consentida o cuando por laudo arbitral consentido y ejecutoriado se declare procedente la decisión de resolver el contrato.

En consecuencia, la ejecución de la carta fianza de garantía de fiel cumplimiento ejecutada por la demandada SEDAM HUANCAYO por la suma de S/.147,075.00, no se ha sido realizada respetando el ordenamiento jurídico, sino que por el contrario se ha transgredido la norma legal citada.

- 13.3.2.-** En cuanto a la ejecución de las cartas fianzas por adelanto directo por la suma de S/.52,520.40 y de adelanto de materiales por la suma de S/.104,691.94; con relación al avance de la obra, y adquisición de materiales, ello no es materia del presente laudo, pues, al respecto no se ha ofrecido ni actuado prueba alguna por las partes, por cuya razón en la etapa de la liquidación final de la obra las partes podrán hacer uso de su derecho.

13.4.- CUARTO PUNTO CONTROVERTIDO.-

Determinar, a quién y en qué proporción corresponde los costos y costas del proceso arbitral.

Habiendo tenido MACRON motivos entendibles para la interponer la presente demanda arbitral, se establece que los costos y costas del presente proceso arbitral sean asumidos en proporciones iguales por ambas partes DEMANDANTE y DEMANDADO.

El Árbitro considera que:

13.4.1.- Que de conformidad con lo dispuesto por el artículo 73 de la Ley, corresponde que el Árbitro Único se pronuncie sobre la asunción o distribución de costos, a fin de determinar si alguna de las partes debe asumirlo en su totalidad, o si por el contrario cada parte deberá asumir sus propios gastos y los que sean comunes en partes iguales.

13.4.2.- El artículo 73 de la Ley de Arbitraje, dispone que:

“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...”

13.4.3.- Que conforme al artículo 70 de la ley de Arbitraje, los costos incluyen, pero no se limitan, a los honorarios y gastos del Tribunal arbitral y el secretario, los honorarios y gastos de los peritos o de cualquier otra asistencia requerida por el Tribunal Arbitral; los gastos incurridos por las partes para su defensa en el arbitraje y los demás gastos razonables originados en las actuaciones arbitrales

13.4.4.- Que el convenio arbitral no ha previsto nada relacionado a los costos del arbitraje, por lo que corresponde que el Árbitro Único se pronuncie si procede la condena para el pago de costos del arbitraje y establezca cual de las partes debe pagarlos o en qué proporción debe repartirse entre ellas.

13.4.5.- En este sentido, el Árbitro Único ha apreciado durante el desarrollo del proceso que ambas partes han actuado basadas en la existencia de razones para litigar, que a su criterio resultan entendibles, y que por ello han litigado convencidas de sus posiciones en la controversia.

- 13.4.6.-** Que teniendo en cuenta este hecho, el Árbitro Único considera que cada una de las partes debe asumir los costos del arbitraje en que ha incurrido. Ello se demuestra en el hecho de que, a criterio del árbitro Único, cada una de las partes tenía cierta razón en cuanto a las pretensiones y la demanda.
- 13.4.7.-** Por consiguiente, no corresponde ordenar a ninguna de las partes el pago de los costos totales del proceso arbitral. En consecuencia, se resuelve que cada parte cubra sus propios gastos de defensa, por un lado, y por otro, los gastos comunes (honorarios del Árbitro Único y de Secretaría Arbitral y gastos procedimentales), que deben ser asumidos en partes iguales.

LAUDA:

PRIMERO.- Declarar **INFUNDADA** la pretensión de que se deje sin efecto la resolución del contrato N° 154-2007-SEDAM HUANCAYO S.A. al haberse producido dicha resolución de acuerdo a las causales contenidas en las bases, en el propio contrato y el Texto Único Ordenado de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado y su Reglamento.

SEGUNDO.- Declarar **IMPROCEDENTE** la devolución de los montos de S/147,075.00 por concepto de la garantía de fiel cumplimiento. De S/52,520.40 por concepto de la garantía de adelanto directo, y S/104,691.04 por concepto de adelanto de materiales. Declarar asimismo **IMPROCEDENTE** el pago del monto ejecutado por LA DEMANDANTE. Dejando a salvo el derecho de LA DEMANDANTE para que lo haga valer con arreglo a Ley.

TERCERO.- Fijar los honorarios del Árbitro Único en la suma de S/15,000.00 netos y de la Secretaría Arbitral en la suma de S/5,000.00. Declarar que cada una de las partes asumirá sus propios gastos del arbitraje, entendiéndose éstos como los costos de defensa y del 50% de los honorarios del árbitro Único y la Secretaría Arbitral que debe asumir cada una de ellas.

CUARTO.- Dispóngase que el Secretario Arbitral cumpla con remitir copia del presente Laudo Arbitral de Derecho al Organismo Supervisor y Contrataciones del Estado - OSCE, en el término de cinco (05) días.

Notifíquese a las partes con arreglo a Ley.

JORGE GUILLERMO ALFREDO MANRIQUE ZEGARRA
ARBITRO ÚNICO

JORGE GUILLERMO ALFREDO MANRIQUE ZEGARRA
Árbitro Único