

Caso Arbitral S-045-2012-SNA/OSCE

UNIVERSIDAD NACIONAL DEL ALTIPLANO PUNO – PRODUCTOS Y SERVICIOS INDUSTRIALES ALPAMAYO S.A.C.

LAUDO ARBITRAL DE DERECHO

Demandante:

UNIVERSIDAD NACIONAL DEL ALTIPLANO - PUNO
En adelante LA ENTIDAD o LA DEMANDANTE

Demandado:

PRODUCTOS Y SERVICIOS INDUSTRIALES ALPAMAYO S.A.C.
En adelante LA CONTRATISTA o LA DEMANDADA

Árbitro Único:

Dr. Juan Humberto Peña Acevedo

RESOLUCION N° 05

Lima, 30 de setiembre de dos mil trece.-

VISTOS:

I. ANTECEDENTES

1. En el mes julio de 2009, la ENTIDAD realizó el Proceso de Adjudicación de Menor Cuantía N° 100-2009-UNA/PUNO, aprobado por expediente N° 0148, a fin de adquirir una Estructura Flotante para Truchas. En dicho proceso de selección la CONTRATISTA obtuvo la Buena Pro.
2. A fin de dar ejecución a las prestaciones, con fecha 31 de julio de 2009, la ENTIDAD emitió a favor de la CONTRATISTA la Orden de Compra – Guía de Internamiento N° 1402 por la suma de s/. 85 000,00 (ochenta y cinco mil con 00/100 nuevos soles).

La CONTRATISTA, por su parte, con fecha 06 de octubre de 2009, hizo entrega de la Estructura Flotante para Truchas.

Caso Arbitral S-045-2012-SNA/OSCE

UNIVERSIDAD NACIONAL DEL ALTIPLANO PUNO – PRODUCTOS Y SERVICIOS INDUSTRIALES ALPAMAYO S.A.C.

3. Posteriormente, especialistas de la ENTIDAD realizaron diversas evaluaciones técnicas a la estructura flotante, mediante las cuales concluyeron que ésta no cumplía con los requerimientos técnicos mínimos establecidos en las Bases. Por tal motivo, la ENTIDAD solicitó a la CONTRATISTA que, en uso de la garantía, se le entregue una nueva estructura flotante que se aadecue a dichos requerimientos técnicos.
4. Luego de diversas comunicaciones y reuniones sostenidas entre las partes, no se llegó a acuerdo alguno, por lo que la ENTIDAD procedió a remitir a la CONTRATISTA la Carta Notarial de fecha 14 de noviembre de 2011 (recibida por la CONTRATISTA con fecha 16 de noviembre de 2011), mediante la cual le puso a conocimiento su decisión de resolver el contrato. La CONTRATISTA, por su parte, afirma que el contrato no puede ser resuelto en tanto con el pago y la entrega del bien, este ya se encuentra concluido.
5. Sin perjuicio de lo expresado, la ENTIDAD ha afirmado que la estructura flotante se encuentra anclada en la sede Barco del CIPP - Chucuito sin que se le dé uso alguno, debido a que no otorga las garantías necesarias para ello.
6. En tal contexto es donde surge la controversia materia del presente arbitraje.

II. ARBITRAJE

II.1 INSTALACIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL Y PROCEDIMIENTO ARBITRAL APLICABLE

Instalación del Tribunal Arbitral

7. Con fecha 26 de febrero de 2013, en la sede institucional del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado, sito en el Edificio El Regidor N° 108, Residencial San Felipe, distrito de Jesús María, provincia y departamento de Lima, se llevó a cabo la Audiencia de Instalación del Árbitro Único, abogado Juan Humberto Peña Acevedo.

Caso Arbitral S-045-2012-SNA/OSCE

UNIVERSIDAD NACIONAL DEL ALTIPLANO PUNO – PRODUCTOS Y SERVICIOS INDUSTRIALES ALPAMAYO S.A.C.

En dicha audiencia, el Árbitro Único ratificó su aceptación al cargo, manifestando no estar sujeto a incompatibilidad alguna, ni vinculado a hechos o circunstancias que le obligaran a inhibirse, al no haber mantenido, ni mantener, relación alguna con las partes, sus representantes o sus respectivos abogados.

Convenio arbitral aplicable

8. En atención a que no se ha incorporado un convenio arbitral dentro de las cláusulas contractuales, es de aplicación lo establecido en el artículo 216º del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado mediante Decreto Supremo N° 184-2008-EF, el cual señala:

(...) Si el contrato no incorpora un convenio arbitral, se considerará incorporado de pleno derecho el siguiente texto, que remite a un arbitraje institucional del Sistema Nacional de Arbitraje – OSCE, cuya cláusula tipo es:

"Todos los conflictos que deriven de la ejecución e interpretación del presente contrato, incluidos los que se refieran a su nulidad e invalidez, serán resueltos de manera definitiva e inapelable mediante arbitraje de derecho, de conformidad con lo establecido en la normativa de contrataciones del Estado, bajo la organización y administración de los órganos del Sistema Nacional de Arbitraje del OSCE y de acuerdo con su Reglamento."

Procedimiento arbitral aplicable

9. Según lo estipulado en el punto 2) del Acta de Audiencia de Instalación, Determinación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios, el procedimiento arbitral debe regirse por las normas del Texto único Ordenado de la Ley de Contrataciones del Estado (LCE) y su Reglamento (Reglamento LCE), aprobados mediante Decreto Legislativo N° 1017 y Decreto Supremo N° 184-2008-EF, respectivamente; el Reglamento del Sistema Nacional de Conciliación y Arbitraje (Reglamento SNCA), aprobado mediante Resolución

Caso Arbitral S-045-2012-SNA/OSCE

UNIVERSIDAD NACIONAL DEL ALTIPLANO PUNO – PRODUCTOS Y SERVICIOS INDUSTRIALES ALPAMAYO S.A.C.

Nº 016-2004-CONSUCODE-PRE; y la Ley de Arbitraje, dada mediante el Decreto Legislativo Nº 1071.

II.2 LA DEMANDA

10. Con fecha 23 de marzo de 2013, la ENTIDAD presentó su demanda, en los siguientes términos:

PETITORIO

- **Primera Pretensión Principal:**

Que se declare consentida la resolución de contrato, en la Orden de Compra – Guía de Internamiento Nº 1402 del 31 de julio de 2009, comunicada por la ENTIDAD a la CONTRATISTA, mediante Carta Notarial de fecha 14 de noviembre de 2011.

- **Segunda Pretensión Principal:**

Que se ordene a la DEMANDADA que proceda a la devolución inmediata del monto total pagado por la compra de la estructura flotante, que asciende a la suma de ochenta y cinco mil con 00/100 nuevos soles (S/. 85,000.00) más los intereses legales irrogados hasta la presentación de la demanda, dado que constituye enriquecimiento injusto en detrimento de la ENTIDAD.

- **[Primera] Pretensión Acumulativa Accesoria:**

Que, se ordene a la DEMANDADA el pago de la suma de cincuenta mil nuevos soles (s/. 50,000.00) por concepto de daños y perjuicios por el incumplimiento en la orden de compra a favor de la ENTIDAD.

- **[Segunda] Pretensión Acumulativa Accesoria:**

Que, se condene a la DEMANDADA con el pago de costos y costas del proceso arbitral.

Caso Arbitral S-045-2012-SNA/OSCE

UNIVERSIDAD NACIONAL DEL ALTIPLANO PUNO – PRODUCTOS Y SERVICIOS INDUSTRIALES ALPAMAYO S.A.C.

HECHOS DE LA DEMANDA

La ENTIDAD sustenta sus pretensiones señalando lo siguiente:

Hechos de la Primera Pretensión Principal

- La ENTIDAD señala que, en el marco de la Adjudicación de Menor Cuantía N° 100-2009-UNA/PUNO, aprobada con fecha 17 de julio de 2009, por expediente N° 0148, convocó a un proceso para la adquisición de un Estructura Flotantes para Truchas.
- Al respecto, la ENTIDAD señala que se estableció que el plazo de entrega de los bienes materia de la convocatoria sería de cinco (05) días a partir de la recepción de la Orden de Compra, constituyendo éste un requisito técnico mínimo. Asimismo, afirma que en las Bases se establecieron, además, como requisitos técnicos mínimos, los siguientes:

DESCRIPCIONES Y ESPECIFICACIONES TÉCNICAS

Estructura flotante de metal galvanizado y zincado (ASE 1010 – bajo carbono) con acabado electro galvanizado, espesor de 32 mm, que cuenta con 12 pasillos de 6 m x 0.8 m con piso de metal desplegado.

- 08 tees de 2.1 m x 0.80 m con piso de metal desplegado.
- 54 flotantes de polietileno de una sola pieza (no debe tener ninguna parte pegada), de 5 mm de espesor de polietileno rellenoado por inyección de poliestereno.
- 48 cadenas de 3 eslabones con tuerca pernos de una sola pieza (sin soldadura)
- 48 gomas de butilo de alta densidad
- 96 barandas de 0.93 x 1m
- 108 abrazaderas galvanizadas
- 54 tapas con piso de metal desplegado
- Incluye flete e instalación (la instalación es en la sede del barco del CIP Chucuito, ubicado a 18 kilómetros de la ciudad de Puno).

- La ENTIDAD considera que de modo expreso se determinó las características mínimas del bien a adquirirse, de los que tenía pleno conocimiento la CONTRATISTA, así como el plazo de entrega, pues en la misma documental (Bases de la Convocatoria) se estableció que ésta se efectuaría en el término de cinco (05) días a partir de la recepción de la Orden de Compra; especificándose, a su vez, que el plazo máximo de entrega era hasta el 17 de agosto del 2009.

Caso Arbitral S-045-2012-SNA/OSCE

UNIVERSIDAD NACIONAL DEL ALTIPLANO PUNO – PRODUCTOS Y SERVICIOS INDUSTRIALES ALPAMAYO S.A.C.

- La ENTIDAD afirma que, recibida aparentemente la Estructura Flotante para Truchas, se procedió a su instalación en la sub sede Muelle Barco del CIPP Chucuito en el Lago Titicaca, del distrito de Chucuito, provincia de Puno; sin embargo, por la presencia de fuertes vientos y otros aspectos ambientales, frecuentes en esta zona, la estructura sufrió una serie de averías, como la rajadura severa de sus cabezales, que provocó la caída de las gomas de amortiguamiento (gomas de butilo) al agua y otros accesorios, lo que ha dado lugar a que no se garantice el trabajo en la estructura, procediéndose a su retiro. A su vez, asevera que en la actualidad la estructura se encuentra en el Sector Muelle Barco del distrito de Chucuito, sin que se le dé uso alguno y que, además, esta situación es conocida por la CONTRATISTA, en tanto se le ha solicitado en tiempo oportuno la entrega de una nueva estructura.
- La ENTIDAD sostiene que se desprende del Acta de Verificación de fecha 23.09.2009, formulada después de 37 días de la conformidad de la Orden de Compra – Guía de Internamiento N° 1402, una aparente entrega del bien adquirido; sin embargo, se tiene que de acuerdo a los informes N° 012-DSMBDSJF-CIPPCH-FCC.BB.-UNAP, de fecha 28.12.2009, así como del informe N° 013-DSMBDSJF-CIPPCH-FCC.BB.-UNAP, de fecha 23.01.2010 (ambos suscritos por el responsable del sistema de jaulas, Tec. Héctor Raúl Aguilas Ch.), existían averías y mal funcionamiento en las jaulas flotantes. Advierte, a su vez, la existencia del Informe N° 002-2010-D-CIPP-CH-FFCCBB-UNA-PUNO, de fecha 25.01.2010, y del Informe N° 004-2010-D-CIPP-CH-FFCCBB-UNA-PUNO, de fecha 01.02.2010, (ambos suscritos por el Director José David Velezvia Díaz) de los que se desprende una serie de roturas en las uniones del módulo y otras averías. Del mismo modo, afirma que, conforme se desprende del Informe N° 01-10/OOA, de fecha 04.10.2010, suscrito por Olger Alejandrino Ortega Achata; Informe N° 001-2010-CEMJ-UNA-PUNO, de fecha 07.10.2010, suscrito por la Comisión de Evaluación de Módulo de Jaula Flotante; y del Informe N° 071-2011-AAC-UA-OGF-UNA, de fecha 24.05.2011, suscrito por el Jefe de Almacén Central de la ENTIDAD, las estructuras flotantes no reúnen los requisitos técnicos mínimos, por lo que la adquisición se

Caso Arbitral S-045-2012-SNA/OSCE

UNIVERSIDAD NACIONAL DEL ALTIPLANO PUNO – PRODUCTOS Y SERVICIOS INDUSTRIALES ALPAMAYO S.A.C.

encuentra afectada por el contenido del artículo 40º inciso c) de la LCE, así como lo establecido en los artículos 168 inciso 1) y 189 del Reglamento LCE.

- La ENTIDAD indica que, a fin de comprobar la calidad y las características del material utilizado en la construcción del Módulo de Jaula Flotante, se realizó una evaluación y comprobación del espesor del fierro galvanizado; en la Orden de Compra se establece que el espesor del metal de fierro negro galvanizado y zincado con acabado electro galvanizado es de 32 mm, comprobándose, según la ENTIDAD, que el material utilizado en la construcción del módulo de jaula flotante es de 23 mm; característica que no concuerda con lo establecido en la Orden de Compra. Asimismo, señala que los cabezales de la estructura metálica que se unen una con otra con gomas de butilo y que sufrieron roturas y rajaduras, fueron reparados por la CONTRATISTA, soldando por la parte interna con varillas de fierro soporte, para darle cierta consistencia; sin embargo, luego de haberse soldado se pintó con pintura de plomo, sin tratamiento del proceso de zincado. Señala, asimismo, que se ha comprobado que el metal desplegado del piso metálico es de un material muy delgado, que no brinda la seguridad que se requiere para este tipo de trabajos, máxime, si los trabajos de manejo acuática se realizan en un medio muy inestable y de permanente movimiento de aguas. Además indica que el material utilizado en las barandas son tubos de una pulgada de diámetro y 1/16 pulgadas de espesor, lo que no presta garantía de seguridad, puesto estas barandas, sirven de apoyo al personal que labora en el manejo de cultivo de truchas, así como seguridad para evitar cualquier riesgo a la integridad física del personal. Señala, asimismo, que el material utilizado en la construcción de la estructura metálica ha sido sometido a pruebas de flexión y se ha comprobado que la capa de zinc (zincado) que recubre el fierro galvanizado, se desprende fácilmente.
- A su vez, la ENTIDAD describe que el M.Sc Olger Alejandrino Ortega Achata, miembro de la Comisión de Evaluación Técnica, respecto del espesor de la estructura, señaló que es de 2.3 mm o 3/32 de pulgada, lo que difiere sustancialmente del espesor consignado en las Bases, que es

Caso Arbitral S-045-2012-SNA/OSCE

UNIVERSIDAD NACIONAL DEL ALTIPLANO PUNO – PRODUCTOS Y SERVICIOS INDUSTRIALES ALPAMAYO S.A.C.

de 3.2 o 1/8 de pulgada. Asimismo, indica que la estructura está recubierta con una capa de zinc, la cual, al ser sometida a pruebas de flexión, se desprende fácilmente, por lo que el recubrimiento no guarda las propiedades requeridas de protección anticorrosivas. Además, afirma que los elementos de unión entre los pasillos, son de chapas simples de 2.3 mm y pernos de 3/8 de diámetro, lo que no guarda garantía de unión entre ellas, más aun si varias de ellas ya se desprendieron sin estar en funcionamiento. Respecto al piso metálico de los pasillos, sostiene que no prestan la seguridad requerida para el trabajo, ya que es una malla Hugh delgada, que se deforma y desprende con el peso de las personas al caminar sobre ellas. No obstante, describe que las barandas de los pasillos están hechas de tubo de 1 pulgadas de diámetro y 1/16" de espesor, las cuales al ser sometidas con el apoyo del cuerpo se doblan.

- En las condiciones descritas, afirma la ENTIDAD, la estructura no presta ninguna garantía para ejecutar trabajos de cultivo de truchas en el Lago Titicaca, motivo por el cual la DEMANDANTE, dentro del plazo de garantía de dos años, ha requerido mediante cartas notariales a la CONTRATISTA con la finalidad de que cambie la estructura flotante por otra que se adecue a la Orden de Compra – Guía de Internamiento N° 1402, a fin de subsanar las deficiencias técnicas advertidas. Al respecto, afirma que tales requerimientos se le han cursado hasta en más de dos oportunidades, llegando incluso a concertar reuniones con los representantes de la CONTRATISTA, con el objeto de resolver las controversias surgidas; sin embargo, pese a que en el Acta de fecha 30 de junio de 2011, la DEMANDADA ratificó su voluntad de hacer llegar propuestas de solución, finalmente no ha cumplido con los requerimientos realizados por la ENTIDAD, por lo que, vencido el plazo otorgado a la CONTRATISTA, se ha procedido a resolver el contrato, al amparo de los artículos 167° y 168° del Decreto Supremo N° 184-2008-EF, por incumplimiento de la garantía ofrecida; resolución que fue notificada mediante carta notarial de fecha 16 de noviembre de 2011.
- Asimismo, la ENTIDAD sostiene que es importante señalar que la CONTRATISTA, enterada de la resolución del contrato, no ha recurrido al

Caso Arbitral S-045-2012-SNA/OSCE

UNIVERSIDAD NACIONAL DEL ALTIPLANO PUNO – PRODUCTOS Y SERVICIOS INDUSTRIALES ALPAMAYO S.A.C.

mecanismo de solución de controversias correspondiente, consintiendo la resolución del contrato, dispuesta por la DEMANDANTE, la cual, a su entender, se halla firme, por lo que es procedente que el Tribunal Arbitral la declare consentida.

Fundamentos de Derecho de la Primera Pretensión Principal

La ENTIDAD ampara la primera pretensión principal de su demanda en los siguientes dispositivos:

- Artículo 167 del Reglamento LCE
"Cualquiera de las partes puede poner fin al contrato por un hecho sobreviniente a la suscripción del mismo, siempre que se encuentre previsto expresamente en el contrato con sujeción a ley".
- Artículo 168º del Reglamento LCE
"La Entidad podrá resolver el contrato de conformidad con el inciso c) del artículo 40º de la Ley, en los casos en que el contratista incumpla injustificadamente obligaciones contractuales, legales o reglamentarias a su cargo pese a haber sido requerido para ello".

Hechos de la Segunda Pretensión Principal

- La ENTIDAD sostiene que producida la resolución del contrato, la consecuencia de ésta entre las partes es la devolución del pago.
- La ENTIDAD afirma que ha cumplido con entregar y autorizar la Orden de Compra – Guía de Internamiento N° 01402 a la CONTRATISTA, por el monto s/. 85,000.00 (ochenta y cinco mil con 00/100 nuevos soles), y, asimismo, ha cumplido con el pago respectivo a fin de adquirir las estructuras flotantes para su Escuela Profesional de Biología, conforme lo establece el artículo 180º del Reglamento LCE. En tal sentido, sostiene, que habiéndose producido la resolución del contrato, la CONTRATISTA se encuentra en la obligación de restituir a la ENTIDAD la suma entregada.

Caso Arbitral S-045-2012-SNA/OSCE

UNIVERSIDAD NACIONAL DEL ALTIPLANO PUNO – PRODUCTOS Y SERVICIOS INDUSTRIALES ALPAMAYO S.A.C.

- La DEMANDANTE sostiene que nuestro ordenamiento no regula de forma específica el enriquecimiento injusto aunque en el Código Civil existen diversas manifestaciones de esta regla –en los artículos 1158º y 1145º-. Sin perjuicio de ello, esta figura ha sido reconocida como fuente de obligaciones por la jurisprudencia, que ha aplicado las reglas clásicas "*nemo debet lucrari ex alieno damno*" (nadie debe obtener lucro del daño ajeno) "*Nemo cum alterius detrimento locupletior fieri debet*" (Nadie debe enriquecerse en detrimento de otro). En ese sentido señala que, para que haya lugar al enriquecimiento injusto es precisa la concurrencia de los siguientes requisitos: 1) Que el demandado haya experimentado un enriquecimiento, ya sea aumentado su patrimonio, ya evitando su disminución, 2) Que tal incremento carezca de razón jurídica que lo sustente, 3) Que cause un correlativo empobrecimiento del demandante, ya sea provocándole un empobrecimiento patrimonial, ya frustrando una ganancia; hechos y supuestos que, a entender de la ENTIDAD, se presentan en la demanda arbitral.

Fundamentos de Derecho de la Segunda Pretensión Principal

La ENTIDAD ampara la segunda pretensión principal de su demanda en el artículo 1371 del Código Civil, que señala:

"La resolución deja sin efecto un contrato válido por causal sobreviniente a su celebración".

Hechos de la [Primera] Pretensión Accesoria

- La DEMANDANTE afirma que se ha visto perjudicada por el hecho de que la CONTRATISTA se ha negado a cumplir con la garantía ofrecida, entregando un producto que no reunía los requerimientos técnicos mínimos.
- Al respecto, LA ENTIDAD señala que se le ha generado una serie de daños y perjuicios, más aún, si se tiene en consideración que la adquisición de las jaulas flotantes estaba destinada para la Escuela Profesional de

Caso Arbitral S-045-2012-SNA/OSCE

UNIVERSIDAD NACIONAL DEL ALTIPLANO PUNO – PRODUCTOS Y SERVICIOS INDUSTRIALES ALPAMAYO S.A.C.

Biología, quienes, de acuerdo a su programa curricular, iban a destinar dicho bien para la crianza de truchas, las cuáles serían, a su vez, destinadas al mercado interno.

- De esta situación, la ENTIDAD afirma que se le ha causado un daño patrimonial consistente en el lucro cesante y el daño emergente, pues como ha señalado, el bien adquirido estaba destinado para la producción de truchas. Al respecto, la ENTIDAD sostiene que el lucro cesante se refiere a la ganancia y rentas que ha dejado de percibir como consecuencia del perjuicio o daño que se le ha causado con la resolución del contrato con la DEMANDADA. Por su parte, el daño emergente corresponde al valor del bien que ha sufrido daño o perjuicio.

Fundamentos de Derecho de la [Primera] Pretensión Accesoria

La ENTIDAD ampara la (primera) pretensión accesoria de su demanda en los siguientes dispositivos:

- Artículo 1321 del Código Civil
"Queda sujeta a la indemnización de daños y perjuicios quien no ejecuta sus obligaciones por dolo, culpa inexcusable o culpa leve.

El resarcimiento por la inejecución de la obligación o por su cumplimiento parcial tardío o defectuoso, comprende tanto el daño emergente como el lucro cesante, en cuanto sea consecuencia inmediata y directa de tal inejecución".

Hechos de la (Segunda) Pretensión Accesoria

- La ENTIDAD señala que la presente controversia se origina como consecuencia de la inacción por parte de la CONTRATISTA, al no cumplir oportunamente con sus obligaciones contractuales, tal como se ha determinado en la Orden de Compra, en la que se han señalado las especificaciones técnicas mínimas

Caso Arbitral S-045-2012-SNA/OSCE

UNIVERSIDAD NACIONAL DEL ALTIPLANO PUNO – PRODUCTOS Y SERVICIOS INDUSTRIALES ALPAMAYO S.A.C.

Fundamentos de Derecho de la (Segunda) Pretensión Accesoria

La ENTIDAD solicita al Tribunal considerar en los costos y costas, además de las retribuciones de los árbitros y la retribución del secretario arbitral, los honorarios y viáticos de sus asesores, así como los gastos de movilidad aérea y terrestre en el que incurran a efecto de concurrir a las audiencias realizadas en el proceso arbitral.

Medios probatorios de la demanda

La ENTIDAD ha adjuntado como medios probatorios los siguientes documentos:

- Bases de la Adjudicación de Menor Cantidad N° 100-2009-UNA/PUNO, para la adquisición de la Estructura Flotante para Truchas.
- Propuesta Técnica presentada por la CONTRATISTA.
- Propuesta económica presentada por la CONTRATISTA.
- Informe N° 012-DSMBDSJF-CIOOCH-FCC.BB.-UNAP., de fecha 28.12.2009, suscrito por el Técnico Héctor Raúl Aguilar Ch., responsable del Sistema de Jaulas del Centro de Investigación y Producción Pesquero de Chucuito, con el que se demostraría la ocurrencia de los hechos.
- Informe N° 013-DSMBDSJF-CIOOCH-FCC.BB.-UNAP., de fecha 23.01.2010, suscrito por el Técnico Héctor Raúl Aguilar Ch., responsable del Sistema de Jaulas del Centro de Investigación y Producción Pesquero de Chucuito, con el que se demostraría que las jaulas sufrieron una serie de averías.
- Informe N° 002-2010-D-CIPP-CH-FCCBB-UNA-PUNO, de fecha 25.01.2010, suscrito por el Ing. Mg. José David Velezvia Díaz, Director del Centro de Investigación y Producción Pesquera Chucuito, con el que se probaría la construcción inadecuada y mala calidad del módulo metálico de la jaula flotante.
- Carta N° 027-2010-UA-OGF/UNA-P, de fecha 02.02.2010, suscrita por el Jefe de la Unidad de Abastecimientos de la ENTIDAD, quien solicita a la CONTRATISTA que proceda a verificar los defectos que presenta la estructura flotante para truchas y que los subsane de modo oportuno.

Caso Arbitral S-045-2012-SNA/OSCE

UNIVERSIDAD NACIONAL DEL ALTIPLANO PUNO – PRODUCTOS Y SERVICIOS INDUSTRIALES ALPAMAYO S.A.C.

- Informe Nº 004-2010-D-CIPP-CH-FCCBB-UNA-PUNO, de fecha 01-02.2010, suscrito por el Director del Centro de Investigación y Producción Pesquera –Chucuito, quien solicita al Rector de la ENTIDAD la inmediata devolución de la estructura flotante o la anulación de la compra.
- Informe Nº 001-2010-CEMJ-UNA-PUNO, de fecha 07.10.2010, suscrito por la Comisión de Evaluación del Módulo de Jaulas Flotantes, en el que concluye que la calidad del módulo de estructura flotante metálica, no guarda relación ni se ajusta a las características estipuladas en la Orden de Compra Nº 01402.
- Oficio Nº 014-2010-D-CIPP-CH.CC.BB.UNA-PUNO, de fecha 11.10.2010, suscrita por el Blgo. M.Sc. Belisario Mantilla Mendoza, Director del Centro de Investigación y Producción Pesquera – Chucuito, en el que se requiere la devolución del material no conforme.
- Oficio Nº 444-2010-D-FCCBB-UNAP, de fecha 15.10.2010, suscrito por el Decano de la Facultad de Ciencias Biológicas de la ENTIDAD, quien pone en conocimiento del Rector la devolución de las jaulas flotantes por la CONTRATISTA, la misma que fuera acordada en el Pleno del Consejo de Facultad.
- Informe Nº 01-10/OOA, de fecha 04.10.2010, suscrito por Olger. A. Ortega Achata, donde se señala que las características de la estructura no guardan relación con las características de la Orden de Compra Nº 01402 y que la estructura no presta garantía de funcionamiento para las condiciones de trabajo en el Lago Titicaca, debido a un mal diseño y baja calidad de los materiales empleados.
- Oficio Nº 052-CIPP-CH-F.CCBB-UNA-PUNO, de fecha 30.05.2011, suscrito por el Director del Centro de Investigación y Producción Pesquera – Chucuito, con el que se demostraría que el bien adquirido a la CONTRATISTA no guarda relación con los requerimientos técnicos mínimos.
- Orden de Compra Nº 01402, de fecha 31.07.2009, por la suma de s/. 85,000.00, en la cual se establecen los requerimientos técnicos mínimos.
- Cláusulas contractuales de la Adjudicación de Menor Cantidad Nº 0100-2009.

Caso Arbitral S-045-2012-SNA/OSCE

UNIVERSIDAD NACIONAL DEL ALTIPLANO PUNO – PRODUCTOS Y SERVICIOS INDUSTRIALES ALPAMAYO S.A.C.

- Acta de verificación de fecha 06.07.2011, en la cual se dejaría expresa constancia de las falencias de la estructura contratada y la propuesta de solución de parte de la CONTRATISTA.
- Carta de fecha 14.07.2011, suscrita por la Gerente General de la CONTRATISTA, en la que ésta reconocería haber proporcionado un bien con características distintas a las establecidas en las Bases.
- Carta Notarial de fecha 19.05.2011, suscrita por el Representante Legal de la ENTIDAD, en la que se requiere la CONTRATISTA que proceda a cambiar la estructura flotante por adolecer de fallas de fábrica.
- Carta Notarial N° 1849-2011 de fecha 14.11.2011, mediante la cual se resuelve el contrato con la DEMANDADA.

II.3. LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

11. Mediante escritos del 18 de mayo y 21 de junio de 2013, la CONTRATISTA contesta la demanda en los siguientes términos:

Petitorio

La CONTRATISTA solicita que la demanda interpuesta por la ENTIDAD sea declarada infundada en todos sus extremos, con expresa condena de costas y costos.

Fundamentos de la Contestación de la Demanda

- La CONTRATISTA afirma que la demanda debe ser declarada infundada porque la controversia se trata de un contrato perfeccionado en el que se hizo entrega del bien adquirido y se efectuó el pago total por el mismo.
- Al respecto, la CONTRATISTA afirma que ha cumplido con sus obligaciones contractuales en su integridad, habiéndose recibido la jaula de truchas materia del proceso de selección con la conformidad del personal de la ENTIDAD designado para tal efecto. Como consecuencia de ello, señala, que se le efectuó el pago total del precio pactado.

Caso Arbitral S-045-2012-SNA/OSCE

UNIVERSIDAD NACIONAL DEL ALTIPLANO PUNO – PRODUCTOS Y SERVICIOS INDUSTRIALES ALPAMAYO S.A.C.

- En este contexto, la DEMANDADA sostiene que cualquier observación respecto del bien recibido debe hacerse a través de los mecanismos que la ley ampara, como hacer efectiva la garantía otorgada conforme a ley.
- En ese sentido, la CONTRATISTA precisa que con fecha 6 de octubre de 2009 cumplió con entregar las jaulas flotantes en las instalaciones señaladas por la ENTIDAD, de acuerdo a lo establecido en las Bases y Términos de Referencia, pero que la instalación de éstas no pudo ser cumplida porque en el proceso de selección no se estipuló la compra de cabos de diferentes diámetros, redes y materiales propios para el anclaje necesario para su operatividad, situación que no correspondía a sus obligaciones contractuales, siendo dichas omisiones responsabilidad de la ENTIDAD, resultando, entonces, que mientras no se contara con dichos equipos no podría ponerse en funcionamiento la estructura.
- De ello, la CONTRATISTA concluye que cumplió con el ensamblado en las instalaciones de Barco – Chucuito, constituyendo responsabilidad de la ENTIDAD el anclaje e instalación de las redes, con los materiales que no se contaba y que además no se previó adquirirlos en plazo cercano, pese a que la CONTRATISTA espero un tiempo prudencial para tal fin.
- La DEMANDADA añade que la entrega de la jaula flotante se realizó levantándose un acta de conformidad o de verificación de entrega, en la que no se estableció observación de ninguna naturaleza, razón por la cual se efectuó el pago correspondiente.
- La CONTRATISTA respecto de las observaciones efectuadas por la ENTIDAD mediante Carta N° 001-2011-OGF-UNA/P señala lo siguiente:
 - a. Respecto al espesor del fierro galvanizado: La CONTRATISTA afirma que el espesor establecido en la Orden de Compra es incompatible con la propia jaula flotante, en razón que el espesor de 32 mm la haría inoperativa por el peso que significaría tal dimensión, provocando, incluso, su hundimiento. A este respecto, la CONTRATISTA recalca que la entrega y recepción de la estructura se realizó con la conformidad

Caso Arbitral S-045-2012-SNA/OSCE

UNIVERSIDAD NACIONAL DEL ALTIPLANO PUNO – PRODUCTOS Y SERVICIOS INDUSTRIALES ALPAMAYO S.A.C.

de la ENTIDAD, no constituyendo la observación un vicio oculto, pues podía percibirse fácilmente en la recepción.

- b. Respecto a las roturas que sufrieron los cabezales de la estructura metálica: La CONTRATISTA sostiene que luego del ensamblaje de la jaula flotante esta debió anclarse y, sin embargo, no se hizo, quedando a la deriva, sujeta al oleaje invariable e inconstante de las aguas del lago por varios meses, que ha provocado que se haya desplazado hasta la orilla del frente de la bahía, esto es, la zona de la Platería, lo que ha ocasionado la rotura y rajadura de la estructura, pues la jaula no está hecha para navegar. Al respecto, afirma que la garantía no cubre dichos desperfectos.
 - c. Sobre el espesor del piso de la estructura: La CONTRATISTA afirma que cumplió con las especificaciones técnicas de las Bases, no pudiéndose ejecutar las garantías en este extremo.
 - d. Sobre el material utilizado en las barandas: La CONTRATISTA afirma que en este extremo también cumplió con las especificaciones técnicas de las Bases, no pudiéndose ejecutar las garantías en este extremo tampoco.
 - e. Sobre el desprendimiento de la capa de zinc: La CONTRATISTA sostiene que el recubrimiento de zinc fue realizado por una empresa especializada de Arequipa, quienes le entregaron el trabajo con su ficha de control de calidad y que en la verificación del 6 de julio de 2011 se pudo notar que no existía desperfecto alguno.
- De lo expuesto, la CONTRATISTA concluye que en el caso sub materia no corresponde la ejecución de garantías y menos la devolución de la jaula flotante, en tanto no se acredita haber infringido norma legal alguna.
 - No obstante, la CONTRATISTA afirma que, pese a que los supuestos errores de fabricación se deberían a las erróneas especificaciones técnicas, se ha comprometido a realizar los siguientes trabajos en la jaula flotante:

Caso Arbitral S-045-2012-SNA/OSCE

UNIVERSIDAD NACIONAL DEL ALTIPLANO PUNO – PRODUCTOS Y SERVICIOS INDUSTRIALES ALPAMAYO S.A.C.

- a. Cambio de la plancha lateral de los pasillos, que alojan a las gomas de butilo, las que tendrán un espesor de 8 mm para brindar total seguridad, recubriendose dicha modificación con pintura zincada.
 - b. Reforzamiento de los pasillos con Tee de 1", recubriendose con pintura zincada.
 - c. Acondicionamiento de seguros en las cadenas de unión pasillo con pasillo, para así evitar la salida de pernos.
 - d. Aprovisionamiento de llaves para el ajuste periódico de los pernos.
- Sumado a lo expuesto, la CONTRATISTA señala que en todo momento ha atendido los requerimientos técnicos de la ENTIDAD, efectuados mediante diversas cartas, manifestando su disponibilidad de solucionar la controversia. Consecuentemente, afirma que no existe elemento fáctico ni jurídico que acredite causal de resolución de contrato, más aun, teniendo en cuenta que se trata de un contrato concluido y perfeccionado con la entrega del bien en conformidad, y con el pago del precio convenido.

Medios probatorios de la Contestación de Demanda

- Siete (07) cartas emitidas por la ENTIDAD que acreditarían que ésta siempre supo que el contrato estaba concluido y por esta razón solicitaba la ejecución de la garantía para que se repararan los desperfectos del bien adquirido.

II.4 CUESTIONES PREVIAS

12. Mediante su escrito del 18 de mayo de 2013, la CONTRATISTA deduce una excepción de litispendencia; así también solicita que se declare la nulidad del arbitraje.

EXCEPCIÓN DE LITISPENDENCIA

Petitorio

Caso Arbitral S-045-2012-SNA/OSCE
UNIVERSIDAD NACIONAL DEL ALTIPLANO PUNO – PRODUCTOS Y
SERVICIOS INDUSTRIALES ALPAMAYO S.A.C.

La CONTRATISTA deduce excepción de litispendencia, solicitando se declare la nulidad de todo lo actuado y concluido el proceso.

Hechos de la Excepción

- La CONTRATISTA indica que existe un arbitraje previo al presente, iniciado por ella, que se encuentra en trámite ante la Dirección de Arbitraje Administrativo del OSCE. Al respecto señala que dicho arbitraje se encuentra tramitado con expediente N° D11-2012, en estado de designación de Árbitro Único, es decir, aún no concluido.
- En tal sentido, la CONTRATISTA señala que se encuentra acreditado que las partes, la cosa litigiosa y la causa son exactamente las mismas en ambos procesos, por lo que, consecuentemente, procede amparar la excepción de litispendencia propuesta.

Fundamentos jurídicos de la excepción

- La CONTRATISTA ampara la excepción de litispendencia en los artículos 446°, inciso 7 y demás concordantes y conexos del Código Procesal Civil, el cual, a su entender, es de aplicación supletoria al caso sub materia.

Medios probatorios de la excepción

- La CONTRATISTA ha adjuntado como medios probatorios los siguientes documentos:
 - a. Oficio N° 1203-2012-OSCE/DAA, de fecha 07.03.2012, emitido por la Dirección de Arbitraje Administrativo del OSCE, que acreditaría la preexistencia de otro proceso relacionado a los mismos hechos, entre las mismas partes y las mismas pretensiones.
 - b. Escrito de fecha 03.01.2012, presentado por la CONTRATISTA donde solicita la designación de Árbitro Único en al arbitraje antes señalado.

NULIDAD DEL ARBITRAJE



Caso Arbitral S-045-2012-SNA/OSCE

UNIVERSIDAD NACIONAL DEL ALTIPLANO PUNO – PRODUCTOS Y SERVICIOS INDUSTRIALES ALPAMAYO S.A.C.

Petitorio

La CONTRATISTA solicita que se declare la nulidad de todo lo actuado en el arbitraje al haberse transgredido las normas esenciales del debido procedimiento.

Hechos de la Nulidad

- La CONTRATISTA afirma que se advierte de lo actuado que la ENTIDAD ha incoado la demanda sin que previamente se haya designado al Árbitro Único o al Tribunal Arbitral que debe llevar adelante el proceso, no pudiéndose, por tanto, emitir resolución alguna, ni decisión legal válida.
- Señala además que la notificación que corrió traslado de la demanda no fue emitida por un órgano jurisdiccional arbitral. Asimismo, sostiene que la demanda incumple con el requisito establecido en el inciso f) del artículo 25º del TUO del Reglamento SNCA, y que, por tanto, debe archivarse.
- En ese sentido, señala que no existe un órgano jurisdiccional arbitral ante quien cuestionar los vicios procesales incurridos, menos a quien dirigirse para que se emita pronunciamiento al respecto, así como no se tiene conocimiento se será un Tribunal Colegiado o un Árbitro Único. Por tanto, sostiene que se debe declarar la nulidad de todo lo actuado.

Fundamentos jurídicos de la nulidad

- La CONTRATISTA ampara la nulidad deducida en la LCE y su Reglamento.

II.5 LOS PUNTOS CONTROVERTIDOS

13. En la Audiencia de Instalación, Determinación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios del 23 de febrero de 2013, el Árbitro Único invitó a las partes a conciliar, sin embargo, éstas manifestaron que ese momento ello no era posible.

Caso Arbitral S-045-2012-SNA/OSCE

UNIVERSIDAD NACIONAL DEL ALTIPLANO PUNO – PRODUCTOS Y SERVICIOS INDUSTRIALES ALPAMAYO S.A.C.

14. Seguidamente, luego de declarar saneado el proceso, el Árbitro Único procedió a establecer los siguientes Puntos Controvertidos:
 - i. Determinar si corresponde que se declare consentida la resolución del contrato (Orden de Compra – Guía de Internamiento N° 1402 del 31 de julio de 2009), comunicada por la ENTIDAD a la CONTRATISTA mediante Carta Notarial de fecha 14 de noviembre de 2011.
 - ii. Determinar si corresponde que se ordene al contratista devolver inmediatamente el monto total pagado por la compra de una estructura flotante que asciende a la suma de Ochenta y Cinco Mil con 00/100 nuevo soles (S/. 85,000.00) más los intereses legales respectivos irrogados hasta la presentación de la demanda, por constituir enriquecimiento injusto en detrimento de la ENTIDAD.
 - iii. Determinar si corresponde que se ordene al contratista el pago de la suma de Cincuenta Mil Nuevos Soles (S/. 50,000.00) por concepto de daños y perjuicios por el incumplimiento en la Orden de Compra a favor de la ENTIDAD.
 - iv. Determinar si corresponde a la CONTRATISTA el pago de costos y costas del proceso arbitral.

II.6. LOS MEDIOS PROBATORIOS

15. En la Audiencia de Instalación, Determinación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios del 23 de febrero de 2013, el Árbitro Único dispuso admitir los siguientes medios probatorios:

Medios probatorios ofrecidos por la ENTIDAD:

Caso Arbitral S-045-2012-SNA/OSCE

UNIVERSIDAD NACIONAL DEL ALTIPLANO PUNO – PRODUCTOS Y SERVICIOS INDUSTRIALES ALPAMAYO S.A.C.

- Los medios probatorios ofrecidos en su escrito de demanda de fecha 23 de marzo de 2012, que se detallan en el acápite III denominado "MEDIOS PROBATORIOS", del numeral 1 al 19.

Medios probatorios ofrecidos por la CONTRATISTA:

- Los medios probatorios ofrecidos en su escrito de fecha 21 de junio de 2012, que se detallan en el acápite "MEDIOS PROBATORIOS DE LA ABSOLUCIÓN DE DEMANDA".
16. Asimismo, en la Audiencia de Informes Orales realizada el 01 de abril de 2013, el Árbitro Único, de conformidad con la facultad conferida por las partes y el Reglamento SNA, consideró necesario agregar los medios probatorios presentados por la ENTIDAD en su escrito de fecha 20 de julio de 2012, que comprende los numerales 2-A a 2-H del acápite "MEDIOS PROBATORIOS".
17. En relación a los medios probatorios ofrecidos por las partes y sobre la base del principio de la amplitud de la prueba que se aplica en todo arbitraje, el Árbitro Único deja constancia que no se ha generado nulidad alguna y que se han actuado todos los medios probatorios presentados, los que han sido evaluados en su integridad.

II.7 ALEGATOS E INFORME ORAL

18. En la Audiencia de Instalación, Determinación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios del 23 de febrero de 2013, el Árbitro Único declaró concluida la etapa probatoria y, en el mismo acto, otorgó a las partes un plazo de 05 días hábiles, contados a partir del día siguiente de notificada el acta respectiva, para la presentación de sus alegatos escritos.

Con escritos de fecha 05 de marzo de 2013, la ENTIDAD presentó sus alegatos.

19. Mediante Resolución N° 2, el Árbitro Único dejó constancia de la presentación de los alegatos escritos de la ENTIDAD y la CONTRATISTA, y citó a las partes a la Audiencia de Informes Orales.



Caso Arbitral S-045-2012-SNA/OSCE

UNIVERSIDAD NACIONAL DEL ALTIPLANO PUNO – PRODUCTOS Y SERVICIOS INDUSTRIALES ALPAMAYO S.A.C.

20. Con fecha 01 de abril de 2013 se realizó la Audiencia de Informes Orales con la participación de los representantes de la ENTIDAD, quienes hicieron uso de la palabra y respondieron las preguntas y consultas del Árbitro Único. Asimismo, se dejó constancia de la inasistencia de los representantes de la CONTRATISTA.

II.8 PLAZO PARA LAUDAR

21. De conformidad con lo estipulado en el Artículo 49 del Reglamento SNCA, el Árbitro Único procedió a fijar el plazo, emitiéndose el laudo dentro del plazo previsto.

CONSIDERANDO:

III. CUESTIONES PRELIMINARES

22. Antes de entrar a analizar las materias controvertidas, corresponde afirmar lo siguiente:
- El Árbitro Único se constituyó de conformidad con el convenio arbitral previsto en el artículo 216º del Reglamento LCE, así como el Texto único Ordenado del Reglamento SNCA.
 - En momento alguno se ha recusado al Árbitro Único ni se ha impugnado o reclamado contra las disposiciones de procedimiento dispuestas en el Acta de Audiencia de Instalación, Determinación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios.
 - La ENTIDAD presentó su demanda cumpliendo los requisitos establecidos en el artículo 25º del Reglamento SNCA.
 - La CONTRATISTA fue debidamente emplazada con la demanda, contestó y ejercitó plenamente su derecho de defensa.

Caso Arbitral S-045-2012-SNA/OSCE

UNIVERSIDAD NACIONAL DEL ALTIPLANO PUNO – PRODUCTOS Y SERVICIOS INDUSTRIALES ALPAMAYO S.A.C.

- Las partes han tenido plena oportunidad para ofrecer y actuar las pruebas ofrecidas, habiendo sido el Árbitro Único totalmente permisivo con las partes respecto de la presentación de pruebas adicionales para que las partes sustenten en profundidad sus pretensiones.
- Las partes han tenido la facultad de presentar alegatos e informar oralmente.
- El Árbitro Único deja constancia que ha analizado todos los argumentos de defensa expuestos por las partes y examinado las pruebas presentadas por éstas de acuerdo a las reglas de la sana crítica y al principio de libre valoración de la prueba recogido en el artículo 43º del Decreto Legislativo N° 1071 y que el sentido de su decisión es el resultado de ese análisis y de su convicción sobre la controversia, al margen que algunas de las pruebas presentadas o actuadas y algunos de los argumentos esgrimidos por las partes no hayan sido expresamente citados en el presente laudo.
- El Árbitro Único ha procedido a laudar dentro de los plazos dispuestos en el presente arbitraje.

IV. SOBRE LA EXCEPCIÓN DE LITISPENDENCIA

23. En primer término, corresponde analizar y resolver la excepción de litispendencia formulada por la CONTRATISTA.
24. La CONTRATISTA fundamenta su excepción en el hecho de que existe un arbitraje, previo al presente, iniciado por ella, contenido en el expediente N° D11-2012, que se encuentra en trámite ante la Dirección de Arbitraje Administrativo del OSCE en etapa de designación de árbitro. Al respecto, sostiene que la excepción de litispendencia es procedente en tanto se acreditaría la existencia de las mismas partes, la misma cosa litigiosa y la misma causa a pedir.

Caso Arbitral S-045-2012-SNA/OSCE

UNIVERSIDAD NACIONAL DEL ALTIPLANO PUNO – PRODUCTOS Y SERVICIOS INDUSTRIALES ALPAMAYO S.A.C.

En virtud a lo expresado, en las líneas siguientes se analizará el marco legal y doctrinario existente sobre la excepción de litispendencia, para, en función a dichos criterios, resolver la excepción deducida por la CONTRATISTA.

25. Conforme señala Carrión Lugo, se concibe a la excepción como "*toda defensa que el demandado opone a la demanda del actor, una veces cuestionando el aspecto formal del proceso en el que se hace valer las pretensiones, es decir, impugnando la regularidad del procedimiento, y otras veces cuestionando el fondo mismo de la pretensión procesal, es decir, negando los hechos en que se apoya la pretensión o desconociendo el derecho que de ellos el actor pretende derivar*"¹.

Respecto a la excepción de litispendencia, el mencionado autor señala que "*esta excepción supone la existencia de dos procesos en trámite, en las que se ha propuesto la o las mismas pretensiones procesales. (...) Para establecer si se trata de dos procesos idénticos hay que examinar si se dan las identidades de partes, de pretensión procesal y de interés para obrar*"².

Por su parte, Juan Monroy Gálvez, afirma que la excepción de litispendencia "*se trata de la alegación en el sentido que entre las mismas partes y con el mismo interés para obrar, se está discutiendo el mismo petitorio en otro proceso.*"³

26. De las citas expresadas podemos inferir que la doctrina considera como requisito esencial para la procedencia de la excepción de litispendencia, la identidad de procesos. Nuestro ordenamiento jurídico procesal también recoge este criterio; así se desprende de lo establecido en el artículo 453º del TUO del Código Procesal Civil (CPC):

¹ CARRIÓN LUGO, JORGE (1994) "Análisis del Código Procesal Civil". Tomo I. Cultural Cuzco S.A. Lima. Pág. 336.

² CARRIÓN LUGO, JORGE. op. cit. pág. 345

³ JUAN F. MONROY GÁLVEZ (2010) "La Formación del Proceso Civil Peruano. Escritos reunidos". Communitas. Lima. Págs. 387-388.



Caso Arbitral S-045-2012-SNA/OSCE

UNIVERSIDAD NACIONAL DEL ALTIPLANO PUNO – PRODUCTOS Y SERVICIOS INDUSTRIALES ALPAMAYO S.A.C.

Artículo 453º.- *Son fundadas las excepciones de **litispendencia** (...) cuando se inicia un proceso idéntico a otro: 1. Que se encuentra en curso (...)*

27. Sin perjuicio de ello, la identidad allí expresada, a su vez, se configura frente a la existencia de tres presupuestos: la identidad de partes, de petitorio, y de interés para obrar. En este sentido, el artículo 452º del CPC señala:

Artículo 452º.- *Hay identidad de procesos cuando las partes o quienes de ellos deriven sus derechos, el petitorio y el interés para obrar, sean los mismos.*

28. En efecto, al igual que la consideración aceptada pacíficamente en la doctrina, nuestro ordenamiento procesal sostiene que deben coexistir tres presupuestos para la configuración de la identidad de procesos. Pero, ¿qué se entiende por identidad de partes, petitorio y de interés para obrar? Para absolver dicha interrogante recurriremos nuevamente a Carrión Lugo que sobre el tema nos señala lo siguiente:

- Habrá **identidad de sujetos** cuando una misma persona es la demandante y una misma persona es la demandada en los dos procesos. Asimismo, este autor advierte que la identidad física no supone necesariamente la identidad de sujetos en el proceso. **Lo que interesa es que haya identidad jurídica de las partes en los dos procesos.** Si en un proceso sobre desalojo el actor es Juan, condómino de Carlos, y en otro proceso el actor es Carlos, relativo a la desocupación del mismo inmueble, invocándose la misma causal de desalojo contra el mismo demandado, la parte demandante lógicamente es la misma;
- Habrá **identidad del petitorio** cuando en una primera demanda la pretensión jurídica material, sustento de la pretensión procesal, es la misma que la de la segunda demanda. Para establecer esta identidad hay que examinar el fundamento inmediato de hecho y de derecho de las pretensiones procesales. Por ejemplo, señala, que no es lo mismo demandar el desalojo de un inmueble basado en la causal de falta de pago

Caso Arbitral S-045-2012-SNA/OSCE

UNIVERSIDAD NACIONAL DEL ALTIPLANO PUNO – PRODUCTOS Y SERVICIOS INDUSTRIALES ALPAMAYO S.A.C.

de los arrendamientos, que demandar el mismo desalojo por haber vencido el plazo fijado como duración del contrato de arrendamiento;

- El **interés para obrar** será el mismo en los dos procesos cuando en ambos se constata la existencia de la misma necesidad ineludible del titular de la pretensión procesal para acudir al organismo jurisdiccional para exigir el cumplimiento de la prestación. Afirma que no habrá identidad de interés para obrar cuando, por ejemplo, en la primera demanda se reclamó el pago de la obligación sin que el plazo convenido para su cumplimiento se haya vencido, en tanto que en la segunda demanda se reclama el cumplimiento de la prestación, habiéndose vencido el plazo fijado.

Con lo expresado, corresponde determinar si procede amparar dicha excepción en el caso concreto, a la luz de los medios probatorios presentados por las partes en el proceso.

29. En inicio, es necesario determinar si el proceso contenido en el expediente N° D11-2012, señalado por la CONTRATISTA como idéntico al presente arbitraje, es efectivamente un arbitraje iniciado, conforme lo previsto por el Reglamento SNCA.

Conforme señala el segundo párrafo del artículo 25º del Reglamento SNCA, "*para todos los efectos, el proceso arbitral se considera iniciado en la fecha de interposición de la demanda ante la Secretaría del SNCA-CONSUCODE*".

30. Siendo ello así, y aun cuando no se ha acreditado en este proceso la presentación de demanda alguna, en el supuesto que se hubiese iniciado el arbitraje, no basta la simple comprobación de la existencia de un proceso, en tanto la procedencia de la excepción de litispendencia está supeditada a la existencia de dos procesos idénticos; entendiéndose como idénticos por la existencia de las mismas partes, el mismo petitorio, y el mismo interés para obrar, conforme prescribe el artículo 452º del CPC. En tal sentido,



Caso Arbitral S-045-2012-SNA/OSCE

UNIVERSIDAD NACIONAL DEL ALTIPLANO PUNO – PRODUCTOS Y SERVICIOS INDUSTRIALES ALPAMAYO S.A.C.

corresponde comprobar en el caso concreto la existencia de dichos presupuestos.

31. Respecto a la identidad de partes, se advierte de los medios probatorios que no se ha cumplido con este presupuesto, en tanto, mientras que en el arbitraje que se habría iniciado en el expediente N° D11-2012, se tendría como demandante a la CONTRATISTA y como demandada a la ENTIDAD; en el presente arbitraje, se tiene como demandante a la ENTIDAD y como demandada a la CONTRATISTA; situación que no se subsume en lo que la doctrina considera como "identidad jurídica".

Recordemos que, conforme fuera expresado, la identidad jurídica no importa únicamente la identidad de sujetos, sino también la identidad del status jurídico de éstos en el proceso. En el caso concreto, si bien se tiene la existencia de los mismos sujetos en ambos procesos, éstos no poseen el mismo status jurídico dentro de dichos procesos, en tanto la demandante en el proceso que se habría iniciado en el expediente N° D11-2012, tiene la calidad de demandada en el presente arbitraje y, viceversa, la demandada en aquel proceso, tiene la calidad de demandante en el presente. Por tal motivo, repetimos, no existe identidad de partes.

32. Por otro lado, respecto a los demás presupuestos, debe señalarse que, de los medios probatorios presentados por la CONTRATISTA, no es posible determinar la existencia de identidad de petitorio y de interés para obrar.

En efecto, los documentos presentados por la CONTRATISTA no hacen referencia alguna al petitorio de la demanda que inició el arbitraje contenido en el expediente N° D11-2012, ni tampoco al interés para obrar que motivó que la CONTRATISTA interponga dicha demanda arbitral; por tanto, no es posible determinar si dicho arbitraje contiene igual petitorio e interés para obrar que el presente proceso.

33. Sin perjuicio de ello, en atención a que del análisis efectuado hasta el momento, se ha determinado que el presupuesto de identidad de partes no se ha cumplido en el caso concreto, se puede aseverar que entre el proceso

Caso Arbitral S-045-2012-SNA/OSCE

UNIVERSIDAD NACIONAL DEL ALTIPLANO PUNO – PRODUCTOS Y SERVICIOS INDUSTRIALES ALPAMAYO S.A.C.

contenido en el expediente N° D11-2012 y el presente arbitraje no existe identidad y, en consecuencia, no es posible amparar una excepción de litispendencia.

34. En virtud a dichas consideraciones, el Árbitro Único concluye que debe declararse INFUNDADA la excepción de litispendencia formulada por la CONTRATISTA.

V. NULIDAD DEL ARBITRAJE

35. Ahora, corresponde analizar y resolver la nulidad del arbitraje deducida por la DEMANDADA.
36. La CONTRATISTA afirma que el presente arbitraje es nulo por vulnerarse el debido procedimiento, en tanto se ha incoado la demanda sin que previamente se haya designado a un Árbitro Único o a un Tribunal Arbitral; por tanto, sostiene que se ha incumplido con lo prescrito en el literal f) del artículo 25º del Reglamento SNCA.
37. De lo expresado en el párrafo precedente, el Árbitro Único considera que a fin de resolver la nulidad deducida por la DEMANDADA, deben determinarse dos cuestiones: (1) en qué momento se interpone la demanda arbitral dentro del Sistema Nacional de Conciliación y Arbitraje (SNCA), y; (2) los alcances del literal f) del artículo 25º del Reglamento SNCA.
38. Respecto a la primera cuestión, debe precisarse que el SNCA cuenta con un procedimiento muy particular, contenido en su Reglamento, que difiere sustancialmente del establecido en la Ley de Arbitraje, sobre todo al momento de la presentación de la demanda.

En ese sentido tenemos que, mientras en el marco Decreto Legislativo N° 1071, la demanda arbitral es presentada una vez constituido el Tribunal Arbitral; en el SNCA, conforme lo establecido artículo 25º de su Reglamento, la presentación de la demanda arbitral constituye per se el acto que da inicio al arbitraje. Es decir, mientras bajo el Decreto Legislativo 1071, la instalación

Caso Arbitral S-045-2012-SNA/OSCE

UNIVERSIDAD NACIONAL DEL ALTIPLANO PUNO – PRODUCTOS Y SERVICIOS INDUSTRIALES ALPAMAYO S.A.C.

del Tribunal Arbitral es un acto previo y necesario para la presentación de la demanda, **en el SNCA, la demanda constituye por si misma el inicio del procedimiento arbitral.**

39. Precisado esto, se analizará a continuación la segunda cuestión: Los alcances del literal f) del artículo 25º del Reglamento SNCA.
40. Según el texto del artículo 25º del Reglamento SNCA ya citado:

"Artículo 25: Demanda arbitral

La demanda arbitral debe cumplir con los siguientes requisitos:

- a. *Identificación precisa de las partes, calidad en la que intervienen y señalamiento del domicilio donde llevar a cabo las notificaciones así como números telefónicos, fax y correos electrónicos, de ser el caso.*
- b. *Fundamentos de hecho y de derecho que sustentan las pretensiones planteadas.*
- c. *Ofrecimiento de los medios probatorios que sustentan las pretensiones planteadas.*
- d. *Precisión del monto de la cuantía de las pretensiones y la calidad en la que se reclama o declaración de que se trata de una cuestión de puro derecho o de cuantía indeterminada.*
- e. *Referencia al convenio arbitral celebrado entre las partes.*
- f. ***Designación del árbitro cuando se trate de tres árbitros y siempre que el convenio arbitral no disponga otra forma de designación o la indicación de que se trata de Árbitro Único o precisión respecto de cualquier otra forma de designación.***
- g. *Copia del Acta de Conciliación parcial, de ser el caso.*
- h. *Comprobante de pago de la tasa de presentación correspondiente".*

No obstante, el mismo dispositivo reglamentario, en su parte final, establece que:

Caso Arbitral S-045-2012-SNA/OSCE

UNIVERSIDAD NACIONAL DEL ALTIPLANO PUNO – PRODUCTOS Y SERVICIOS INDUSTRIALES ALPAMAYO S.A.C.

*"La demanda que no cumpla con estos requisitos será observada por la Secretaría del SNCA-CONSUCCODE, debiendo la parte demandante subsanar las observaciones en el plazo de tres (03) días de notificada. Si no se cumple con subsanar las observaciones, la demanda será archivada, **salvo en los supuestos del inciso f)**, sin perjuicio del derecho de la parte demandante de volver a presentar con posterioridad una nueva demanda".*

En el caso concreto, la CONTRATISTA afirma que en el presente procedimiento ha existido una vulneración al literal f) del artículo 25º del Reglamento SNCA. Por tanto, corresponde determinar los alcances de la regla allí contenida a efectos de analizar su posible vulneración.

41. Pues bien, del literal f) aludido se puede inferir que, en el escrito de demanda, la parte actora puede ejercer hasta tres acciones con respecto a los árbitros: (1) puede designar un árbitro cuando el Tribunal esté compuesto por tres árbitros; (2) puede indicar que se trata de un Árbitro Único; y, (3) puede precisar cualquier otra forma de designación.

No obstante, conforme se advierte de la parte final del dispositivo reglamentario citado, en el caso que la parte demandante no ejerza dichas acciones, la Secretaría del SNCA-CONSUCCODE (en adelante LA SECRETARÍA) observará la demanda interpuesta, otorgando tres (03) días para que subsane dicha omisión.

Sin perjuicio de ello, a diferencia de los requisitos contenidos en los demás literales, la omisión del cumplimiento del requisito contenido en el literal f) no conlleva al archivo de la demanda; ello en razón a que, de conformidad con el artículo 33º del Reglamento SNCA, el Colegio de Arbitraje Administrativo puede a designar un Árbitro Único cuando las partes no cumplan con hacerlo.

En función al procedimiento reseñado, se analizará la afectación del derecho al debido procedimiento alegada por la CONTRATISTA.

Caso Arbitral S-045-2012-SNA/OSCE

UNIVERSIDAD NACIONAL DEL ALTIPLANO PUNO – PRODUCTOS Y SERVICIOS INDUSTRIALES ALPAMAYO S.A.C.

42. En el caso *sub examine*, se observa que mediante escrito de fecha 23 de marzo de 2012, la ENTIDAD interpuso su demanda arbitral ante la SECRETARÍA. Este acto, conforme se describió en párrafos precedentes, constituye el inicio del presente arbitraje.

No obstante, la SECRETARÍA advirtió que la demanda interpuesta no cumplía con lo previsto en el literal f) del artículo 25º del Reglamento SNA, en tanto no se había designado un árbitro para la conformación de un Tribunal Arbitral, indicado si el arbitraje debía ser resuelto por Árbitro Único, o precisado otra forma de designación.

Por tal motivo, la SECRETARIA requirió a la ENTIDAD que precise "*sobre la existencia de un acuerdo de partes sobre el número y forma de composición del Tribunal Arbitral, acreditando de ser el caso, al existencia de acuerdo, indicando si han efectuado de manera conjunta o separada la designación del árbitro*".

Es el caso que, mediante escrito de fecha 18 de abril de 2012, la ENTIDAD cumple con el requerimiento efectuado por la SECRETARÍA, señalando que el arbitraje iniciado debía ser resuelto por Árbitro Único, designado por el OSCE.

43. Por lo expuesto, se concluye que la CONTRATISTA cumplió con el requisito contenido en el literal f) del artículo 25º, en tanto que, mediante su escrito de subsanación, de fecha 18 de abril de 2012, indicó que el arbitraje debía ser resuelto por un Árbitro Único; es decir, ejerció una de las tres posibilidades que le concedía dicho literal.
44. Por otro lado, se concluye también que la SECRETARÍA cumplió con el procedimiento establecido en el artículo 25º, en tanto, al advertir la inobservancia de lo prescrito en el literal f), requirió a la ENTIDAD que subsane dicha omisión.
45. Por estas consideraciones, el Árbitro Único advierte que no se afectó el derecho al debido procedimiento de la CONTRATISTA y, en consecuencia, corresponde declarar INFUNDADA la nulidad deducida.



IV. ANÁLISIS ESPECÍFICO DE LOS TEMAS CONTROVERTIDOS

IV.1 SOBRE EL PRIMER PUNTO CONTROVERTIDO

46. Despues de examinar los argumentos expresados por las partes, así como la prueba actuada a lo largo de este arbitraje, el Árbitro Único analizará el Primer Punto Controvertido referido a determinar si corresponde declarar consentida la resolución de contrato, en la Orden de Compra – Guía de Internamiento N° 1402 del 31 de julio de 2009, comunicada por la ENTIDAD a la CONTRATISTA mediante Carta Notarial de fecha 14 de noviembre de 2011.

Para tal efecto, en las líneas siguientes se esbozará el marco jurídico y doctrinario referido a la resolución contractual, para luego, de acuerdo a dichos criterios, resolver el presente punto controvertido.

47. Conforme señala Max Arias Schreiber, "la resolución [contractual] presupone (...) un acto por el cual el contrato queda sin efecto debido a la concurrencia de circunstancias sobrevinientes. La relación contractual nace químicamente pura, y es sólo después que se presentan acontecimientos que determinan la pérdida de su eficacia."⁴
48. En nuestra legislación, la LCE prevé expresamente que todos los contratos deben contener obligatoriamente una cláusula de resolución por incumplimiento de las partes. Así se desprende del literal c) del artículo 40º de la LCE:

"Artículo 40.- Cláusulas obligatorias en los contratos

Los contratos regulados por la presente norma incluirán necesariamente y bajo responsabilidad cláusulas referidas a:

(...)

c) Resolución de contrato por incumplimiento: En caso de incumplimiento por parte del contratista de alguna de sus obligaciones,

⁴ Arias - Schreiber Pezet, Max (2000) Exégesis del Código Civil Peruano de 1984. Tomo I. Contratos: Parte General. Gaceta Jurídica. Lima. Pág. 127.

Caso Arbitral S-045-2012-SNA/OSCE

UNIVERSIDAD NACIONAL DEL ALTIPLANO PUNO – PRODUCTOS Y SERVICIOS INDUSTRIALES ALPAMAYO S.A.C.

que haya sido previamente observada por la Entidad, y no haya sido materia de subsanación, esta última podrá resolver el contrato en forma total o parcial (...)".

49. Ahora bien, lo expresado en el dispositivo legal citado, debe ser concordado con lo establecido en el artículo 167º del RLCE, en tanto este dispositivo reglamentario contiene una autorización expresa para las partes que las faculta a resolver un contrato por causales previstas en el propio contrato o en la ley. Veamos:

"Artículo 167º.- Resolución de contrato

Cualquiera de las partes puede poner fin al contrato por un hecho sobreviniente a la suscripción del mismo, siempre que se encuentre previsto expresamente en el contrato con sujeción a ley."

50. En el caso concreto, el contrato contenido en la Orden de Compra - Guía de Internamiento N° 1402 establece hasta dos causales para su resolución. En efecto, en el apartado denominado "Cláusulas Contractuales", la Orden de Compra - Guía de Internamiento N° 1402 expresa lo siguiente:

*"La UNA Puno podrá resolver la O/C cuando el proveedor **incumpla injustificadamente obligaciones contractuales, legales o reglamentarias a su cargo, pese a haber sido requerido para corregir tal situación o haya acumulado el monto máximo de penalidad**, sin que tenga en ningún caso, derecho a presentar reclamo o interponer acción alguna".*

51. Conforme puede observarse, el contrato contenido en Orden de Compra - Guía de Internamiento N° 1402 prevé como causales de resolución las siguientes:

- i. El incumplimiento injustificado de obligaciones contractuales, legales o reglamentarias a cargo de la Contratista, pese a haber sido requerida para corregir tal situación; y,

Caso Arbitral S-045-2012-SNA/OSCE

UNIVERSIDAD NACIONAL DEL ALTIPLANO PUNO – PRODUCTOS Y SERVICIOS INDUSTRIALES ALPAMAYO S.A.C.

- ii. La acumulación del monto máximo de penalidad.

Estas causales se encuentran estrechamente vinculadas con las establecidas en los numerales 1 y 2 del artículo 168º del RLCE:

"Artículo 168.- Causales de resolución por incumplimiento

La Entidad podrá resolver el contrato (...) en los casos en que el contratista:

1. *Incumpla injustificadamente obligaciones contractuales, legales o reglamentarias a su cargo, pese a haber sido requerido para ello.*
2. *Haya llegado a acumular el monto máximo de la penalidad por mora o el monto máximo para otras penalidades, en la ejecución de la prestación a su cargo;(...)*

52. En el presente arbitraje, la ENTIDAD solicita que se declare consentida la resolución del contrato, contenido en la Orden de Compra - Guía de Internamiento N° 1402, efectuada mediante carta notarial de fecha 14 de noviembre de 2011, la cual, afirma, se sustenta en el incumplimiento injustificado de obligaciones contractuales de parte de la CONTRATISTA; es decir, en la causal contenida en el numeral 1 del artículo 168º del RLCE.

Por su parte, la CONTRATISTA sostiene que dicha resolución no es procedente, en tanto el contrato se encuentra culminado.

Entonces, habida cuenta de las argumentaciones de las partes, se entiende que el aspecto realmente controvertido en este punto no es determinar si se presentó efectivamente el incumplimiento injustificado del contrato, sino determinar la procedencia o no de la aplicación de la resolución contractual, analizando, para tal efecto, si el contrato se encontraba culminado o no a la fecha de recibida la carta notarial (16 de noviembre de 2011).

53. En ese estado de cosas, es pertinente absolver la siguiente interrogante: ¿cuándo se considera culminado un contrato en el marco de la LCE?

Sobre el particular, el artículo 42º de la LCE establece lo siguiente:

Caso Arbitral S-045-2012-SNA/OSCE

UNIVERSIDAD NACIONAL DEL ALTIPLANO PUNO – PRODUCTOS Y SERVICIOS INDUSTRIALES ALPAMAYO S.A.C.

"Artículo 42º.- Culminación del contrato

Los contratos de bienes y servicios culminan con la conformidad de recepción de la última prestación pactada y el pago correspondiente.

De lo expresado en el dispositivo legal citado se entiende que un contrato está culminado cuando: (i) existe un acta de conformidad de recepción y (ii) se ha efectuado el correspondiente pago total por el bien.

Nótese aquí que, según lo establecido en el artículo 42º de la LCE, **no se considera al plazo de vigencia de la garantía como elemento para la determinación de la culminación del contrato**, en tanto que, para este fin, sólo es necesaria la existencia de la conformidad de recepción y el correlativo pago.

54. Dicho esto, a continuación se examinará la existencia de los presupuestos señalados precedentemente:

- En cuanto al primer presupuesto; no obra en el expediente arbitral una copia del Acta de Conformidad de Recepción de la Estructura Flotante para Truchas, no obstante que la ENTIDAD, en repetidas ocasiones, ha aceptado explícitamente su existencia.

En efecto, en el punto Quinto de su escrito de demanda, la ENTIDAD señala que: "*Se desprende del Acta de Verificación de fecha 23 de Setiembre del año 2009, documental que se formuló 37 días después de la conformidad de la orden de compra – guía de internamiento N° 1402, con el que aparentemente se ha efectuado la entrega del bien adquirido por la Universidad Nacional del Altiplano – Puno (...)*".

En el mismo sentido, en el numeral 3 del Informe N° 002-2010-D-CIPP-CH-FACCBB-UNA-PUNO (Anexo 1-G de la demanda), de fecha 25 de enero de 2010, se afirma lo siguiente:

Caso Arbitral S-045-2012-SNA/OSCE

UNIVERSIDAD NACIONAL DEL ALTIPLANO PUNO – PRODUCTOS Y SERVICIOS INDUSTRIALES ALPAMAYO S.A.C.

*"En el CIPP-Chucuito, no conocemos nada respecto a **cómo se ha dado la conformidad técnica de la obra (módulo) a la empresa proveedora, ni respecto a la conformidad de la calidad de los materiales empleados para su construcción**; dos aspectos elementales y necesarios para garantizar la calidad y funcionamiento de la referida estructura".*

De igual manera, en el Informe N° 001-2010-CEMJ-UNA-PUNO (Anexo 1-J de la demanda), de fecha 07 de octubre de 2010, se expresa:

*"De acuerdo a la copia del **ACTA DE VERIFICACIÓN, efectuado el 23 de setiembre de 2009**, se procedió a verificar equipos considerados como bienes de capital, acto que realiza el Ing. Rodolfo Meza Romualdo, Presidente de la Comisión; Ricardo Huertas Maguiña, Biólogo Pesquero y el CPC Hugo Marca Maquera, Jefe del Almacén Central. **Con dicho documento se oficializó la recepción del Módulo de Jaula Flotante Metálica, en la que ratifican la descripción de las características dando su conformidad que tanto los accesorios, componentes y características se encuentran de acuerdo a la Guía de Internamiento**".*

En ese orden de ideas, considerando lo expresado por la ENTIDAD (ratificado por la CONTRATISTA), se puede afirmar que mediante Acta de Verificación de fecha 23 de septiembre de 2009 se oficializó la recepción de la Estructura Flotante para Truchas entregada por la CONTRATISTA, otorgándose la conformidad correspondiente.

En razón a lo expuesto, el Árbitro Único considera que se ha cumplido con el primer presupuesto contenido en el artículo 42º de la LCE, esto es la existencia de un Acta de Conformidad de Recepción.

- Por otro lado, con respecto al segundo presupuesto, es evidente que con la entrega a la CONTRATISTA de la Orden de Compra – Guía de Internamiento N° 1402, ésta hizo efectivo el cobro de los S/. 85,000.00



Caso Arbitral S-045-2012-SNA/OSCE

UNIVERSIDAD NACIONAL DEL ALTIPLANO PUNO – PRODUCTOS Y SERVICIOS INDUSTRIALES ALPAMAYO S.A.C.

pactados contractualmente. De ello, se puede afirmar la existencia del segundo presupuesto contenido en el artículo 42º de la LCE, esto es, el pago por la entrega del bien.

Por lo expresado, el Árbitro Único considera que el contrato, derivado de la Orden de Compra – Guía de Internamiento N° 1402, se encuentra concluido conforme a lo señalado en el artículo 42º de la LCE.

55. En este razonamiento, no es procedente declarar consentida la resolución de la Orden de Compra - Guía de Internamiento N° 1402, en tanto, al cursarse la Carta Notarial del 14 de noviembre de 2011, éste contrato ya se encontraba CULMINADO, conforme el artículo 42º de la LCE, por existir un Acta de Conformidad de Recepción (Acta de Verificación de fecha 23 de septiembre de 2009) y un pago por la entrega del bien.
56. Por tanto, en virtud a las consideraciones expuestas en los párrafos precedentes, corresponde declarar IMPROCEDENTE la primera pretensión de la ENTIDAD.

VI.2 SOBRE EL SEGUNDO PUNTO CONTROVERTIDO.

57. Despues de analizar los argumentos de ambas partes, así como la prueba actuada a lo largo de este proceso, el Árbitro Único analizará si corresponde ordenar a la CONTRATISTA que devuelva a la ENTIDAD el monto total pagado por la compra de la estructura flotante, más los intereses legales irrogados hasta la presentación de la demanda, por constituir enriquecimiento injusto en detrimento de la ENTIDAD.

Para tal efecto, el Árbitro Único considera pertinente analizar los alcances del enriquecimiento injusto a fin de resolver este punto controvertido.



Caso Arbitral S-045-2012-SNA/OSCE

UNIVERSIDAD NACIONAL DEL ALTIPLANO PUNO – PRODUCTOS Y SERVICIOS INDUSTRIALES ALPAMAYO S.A.C.

58. Conforme señala Diez-Picazo⁵, para que se configure el enriquecimiento injusto se "*(...) exige como requisito esencial la adquisición de una ventaja patrimonial por parte del demandado, un correlativo empobrecimiento del actor, que sea consecuencia de aquella ventaja, y la falta de una causa justificativa del enriquecimiento*".

De acuerdo a lo expresado por este jurista, cuando una atribución no está fundada en causa justa, quien ha recibido tal atribución patrimonial sin que se fundamente en la existencia de una obligación, debe devolverla; y, correlativamente, quien ha entregado algo en pago de manera indebida, puede reclamar lo entregado.

59. Nuestro ordenamiento jurídico denomina a esta figura "enriquecimiento sin causa". A este respecto, el artículo 1954º del Código Civil, establece lo siguiente:

"Artículo 1954.- Acción por enriquecimiento sin causa

Aquel que se enriquece indebidamente a expensas de otro está obligado a indemnizarlo."

En el dispositivo citado debe entenderse que el término "independientemente" se refiere a que ocurrió sin causa justa, es decir, sin título. En otras palabras, se produce enriquecimiento indebido cuando una persona recibe una ventaja sin título que lo respalde.

60. Sin perjuicio de lo expresado, el artículo 1955º del mismo Código señala que: "*La acción a que se refiere el artículo 1954 no es procedente cuando la persona que ha sufrido el perjuicio puede ejercitar otra acción para obtener la respectiva indemnización*". Es decir, la acción por enriquecimiento sin causa es una de carácter residual, en tanto, está supeditada a si la persona que ha sufrido el perjuicio puede ejercitar o no otra acción para obtener una indemnización.

⁵ Diez Picazo, Luis (1996) Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. Tomo I. Introducción Teoría del Contrato, Editorial Civitas. Madrid. Pág. 89.

Caso Arbitral S-045-2012-SNA/OSCE

UNIVERSIDAD NACIONAL DEL ALTIPLANO PUNO – PRODUCTOS Y SERVICIOS INDUSTRIALES ALPAMAYO S.A.C.

61. Entonces, de acuerdo a nuestro Código Civil, los presupuestos del enriquecimiento injusto son tres: (i) el enriquecimiento del demandado, (ii) el correlativo empobrecimiento del actor, (iii) la falta de causa justificativa del enriquecimiento; teniendo en cuenta, además, la condición establecida en el artículo 1955º del Código sustantivo.
62. A la luz de dichos presupuestos se analizará el punto controvertido en análisis.

i. Sobre el enriquecimiento de la CONTRATISTA

Otorgada la Buena Pro a la CONTRATISTA, el 31 de julio de 2009 se le entregó la Orden de Compra - Guía de Internamiento N° 1402, con la cual se hizo efectivo el pago de S/. 85,000.00.

No obstante, conforme afirma la propia ENTIDAD, con fecha 06 de octubre de 2009 la CONTRATISTA hizo entrega de la Estructura Flotante para Truchas materia del proceso de selección; para lo cual, se levantó el Acta de Conformidad de Recepción correspondiente sin formular observaciones.

Lo reseñado implica que en la relación contractual derivada de la Orden de Compra - Guía de Internamiento N° 1402 hubo prestaciones recíprocas. Es decir, la CONTRATISTA recibió un pago, que significó un incremento en su patrimonio, pero a la vez entregó la estructura flotante a la ENTIDAD, lo que significó un empobrecimiento correlativo.

En esta línea, no se puede hablar sólo de un enriquecimiento de parte de la ENTIDAD, sino que correlativamente, existió un empobrecimiento producto de la transacción.

ii. Sobre el empobrecimiento de la ENTIDAD

En el mismo razonamiento expresado en el apartado precedente, tenemos que la ENTIDAD sufrió un empobrecimiento producto del pago

Caso Arbitral S-045-2012-SNA/OSCE

UNIVERSIDAD NACIONAL DEL ALTIPLANO PUNO – PRODUCTOS Y SERVICIOS INDUSTRIALES ALPAMAYO S.A.C.

a la CONTRATISTA de S/. 85.000,00; sin embargo, a la vez, obtuvo un bien (estructura flotante para truchas) sobre el cual no formuló observación alguna y que, por tanto, significó correlativamente un incremento en su patrimonio.

iii. Sobre la falta de causa justificativa

En el caso concreto, la causa que motivó las prestaciones recíprocas de las partes fue la Orden de Compra - Guía de Internamiento N° 1402. En virtud a dicho documento, las partes se obligaron recíprocamente a, por un lado, hacer efectivo el pago de S/. 85,000.00 y, por el otro, entregar la estructura flotante para truchas.

Siendo que en el arbitraje no se ha cuestionado la validez de la Orden de Compra - Guía de Internamiento N° 1402, se puede afirmar que las prestaciones derivadas de ésta devienen de un título justo.

63. Por lo expresado se puede advertir que en la controversia no se configuran los presupuestos necesarios para la procedencia del enriquecimiento sin causa.

En ese sentido, en atención a las consideraciones expuestas, corresponde declarar INFUNDADA la segunda pretensión principal de la ENTIDAD.

VI.3 SOBRE EL TERCER PUNTO CONTROVERTIDO

64. Despues de analizar los argumentos de ambas partes, así como la prueba actuada a lo largo de este proceso, el Árbitro Único analizará si corresponde ordenar a la CONTRATISTA el pago de una indemnización por daños y perjuicios a favor de la ENTIDAD por el incumplimiento en la Orden de Compra - Guía de Internamiento N° 1402.
65. En una relación contractual, todo incumplimiento de parte del deudor puede producir un daño en el acreedor. Sin embargo, no todo daño es posible de una indemnización, pues corresponde al ordenamiento jurídico determinar cuando el deudor debe asumir los daños causados al acreedor. Para tal efecto,



Caso Arbitral S-045-2012-SNA/OSCE

UNIVERSIDAD NACIONAL DEL ALTIPLANO PUNO – PRODUCTOS Y SERVICIOS INDUSTRIALES ALPAMAYO S.A.C.

efecto se ha creado la disciplina de la responsabilidad civil, la cual está referida al aspecto fundamental de indemnizar los daños ocasionados en la vida de relación de los particulares, tratándose de daños producidos como consecuencia del incumplimiento de una obligación voluntaria.

66. Según señala TABOADA CÓRDOVA, los requisitos comunes a la responsabilidad civil son la antijuricidad, el daño causado, la relación de causalidad y los factores de atribución⁶:

- Una conducta es **antijurídica** no sólo cuando contraviene una norma prohibitiva, sino también cuando la conducta viola el sistema jurídico en su totalidad, en el sentido de afectar los valores o principios sobre los cuales ha sido construido el sistema jurídico⁷.

Asimismo, en el campo de la responsabilidad contractual, la antijuricidad es siempre típica pues está supeditada a los supuestos contenidos en el artículo 1321º del Código Civil, esto es, la inejecución de una obligación, o el cumplimiento parcial, tardío o defectuoso de esta.

Según la doctrina, estos supuestos de inejecución de obligaciones se pueden distinguir en

- i. Una "situación de no prestación"; cuando el deudor no ha realizado ningún acto dirigido a cumplir la prestación comprometida.

Este supuesto a su vez importa tres hipótesis:

- Imposibilidad sobreviniente; cuando el deudor no ha realizado ninguna prestación y, además, la prestación se ha tornado sobrevinientemente imposible. En tal caso, la situación es de definitiva insatisfacción del interés del acreedor.

⁶ Taboada Córdova, Lizardo (2000) Elemento de la Responsabilidad Civil. Editorial Jurídica Grijley. Lima. Pág. 32

⁷ Ibídem. Pág. 33



Caso Arbitral S-045-2012-SNA/OSCE

UNIVERSIDAD NACIONAL DEL ALTIPLANO PUNO – PRODUCTOS Y SERVICIOS INDUSTRIALES ALPAMAYO S.A.C.

- Retardo; cuando el deudor no ha realizado ninguna prestación en la oportunidad en la que estaba obligado a ejecutarla, pero la prestación objetivamente considerada es todavía posible y es todavía idónea para satisfacer el interés del acreedor. En este caso, hay retraso, que puede llegar a convertirse en mora si se dan los requisitos para tal situación.
 - Incumplimiento; cuando el deudor no ha realizado ninguna prestación en el momento oportuno y la prestación en sí misma todavía es posible, pero ya no es idónea para satisfacer el interés del acreedor. Esta hipótesis importa una definitiva insatisfacción del acreedor.
- ii. Una "situación de prestación inexacta"; cuando el deudor ha llevado a cabo unos actos dirigidos a cumplir, es decir, ha realizado una prestación, pero esta prestación no coincide enteramente o no se ajusta por completo con el programa de prestación tal como se había sido previsto en el acto de constitución de la relación obligatoria.

Este segundo supuesto a su vez importa también tres hipótesis:

- Cumplimiento defectuoso; cuando se produce una contravención al principio de identidad de la prestación.
 - Cumplimiento parcial; cuando se produce una contravención al principio de integridad.
 - Cumplimiento tardío; cuando se produce una contravención relativa al tiempo de la prestación. Esta hipótesis presupone que el deudor se encuentra en retardo.
- Se entiende por **daño** la lesión a todo derecho subjetivo, en el sentido de interés jurídicamente protegido del individuo en su vida de relación, que en cuanto protegido por el ordenamiento jurídico, se convierte justamente

Caso Arbitral S-045-2012-SNA/OSCE

UNIVERSIDAD NACIONAL DEL ALTIPLANO PUNO – PRODUCTOS Y SERVICIOS INDUSTRIALES ALPAMAYO S.A.C.

en derecho subjetivo, esto es un derecho en el sentido formal técnico de la expresión.

Ahora bien, respecto al daño existe unanimidad en la doctrina en que el mismo puede ser de dos categorías: patrimonial y extrapatrimonial. Respecto al daño patrimonial se sabe que es dos clases: el daño emergente, es decir la pérdida patrimonial efectivamente sufrida, y el lucro cesante, entendido como la ganancia dejada de percibir⁸.

- La **relación de causalidad** es el nexo de causa a efecto entre la conducta típica o atípica y el daño producido a la víctima⁹.
 - Los **factores de atribución** son aquellos que determinan finalmente la existencia de responsabilidad civil, una vez que se han presentado, en un supuesto concreto de un conflicto social, los requisitos de antijuricidad, el daño producido y la relación de causalidad. En materia de responsabilidad contractual, el factor de atribución es la culpa, la cual se clasifica en tres grados: la culpa leve, la culpa grave o inexcusable y el dolo¹⁰.
67. En el caso concreto, la ENTIDAD señala que la CONTRATISTA debe indemnizarla por los daños y perjuicios irrogados por el incumplimiento de lo establecido en la Orden de Compra - Guía de Internamiento N° 1402.
68. En las líneas siguientes se analizará si existió una lesión a la expectativa de la ENTIDAD:

Sobre el incumplimiento de las especificaciones y requerimientos técnicos mínimos de la Estructura

- i. En el Capítulo III, denominado "Especificaciones técnicas y requerimientos técnicos mínimos", de las Bases del Proceso de Adjudicación de Menor Cuantía N° 100-2009-UNA/PUNO, se estableció

⁸ Ibídem. Pág. 34

⁹ Ibídem. Pág. 35

¹⁰ Ibídem. Pág. 36

Caso Arbitral S-045-2012-SNA/OSCE

UNIVERSIDAD NACIONAL DEL ALTIPLANO PUNO – PRODUCTOS Y SERVICIOS INDUSTRIALES ALPAMAYO S.A.C.

que la estructura flotante para truchas a adquirir debía poseer las siguientes características:

ITEM	DESCRIPCIÓN Y ESPECIFICACIONES TÉCNICAS
1	<p>ESTRUCTURA FLOTANTE DE METAL FIERRO GALVANIZADO Y ZINCADO (ASE 1010 – BAJO CARBONO) CON ACABADO ELECTRO GALVANIZADO, ESPESOR DE 32 MM, QUE CUENTA CON 12 PASILLOS DE 6 M X 0.8 M CON PISO DE METAL DESPLEGADO. MÓDULO DE 04 JAULAS C/U DE 10M X 10M</p> <ul style="list-style-type: none">▪ 08 TEES DE 2.1 M X 0.80 M CON PISO DE METAL DESPLEGADO.▪ 01 CRUCETAS DE 2.1M X 0.80M CON PISO DE METAL DESPLEGADO.▪ 54 FLOTANTES DE POLIETILENO DE UNA SOLA PIEZA (NO DEBE TENER NINGUNA PARTE PEGADA), DE 5 MM DE ESPESOR DE POLIETILENO RELLENADO POR INYECCIÓN DE POLIESTERENO.▪ 48 CADENAS DE 3 ESLABONES CON TUERCA PERNOS DE UNA SOLA PIEZA (SIN SOLDADURA)▪ 48 GOMAS DE BUTILO DE ALTA DENSIDAD▪ 96 BARANDAS DE 0.93 X 1M▪ 108 ABRAZADERAS GALVANIZADAS▪ 54 TAPAS CON PISO DE METAL DESPLEGADO▪ INCLUYE FLETE E INSTALACIÓN <p>NOTA: LA INSTALACIÓN ES EN LA SEDE DEL BARCO DEL CIP-CHUCUITO, UBICADO A 18 KILÓMETROS DE LA CIUDAD DE PUNO.</p>

- ii. En la propuesta técnica presentada por la CONTRATISTA en el proceso de selección, obra como Anexo N° 02 la "Declaración Jurada de Cumplimiento de los Requerimientos Técnicos Mínimos del Bien Convocado", de fecha 30 de julio de 2009. En dicho documento LA CONTRATISTA **"ofrece entregar una ESTRUCTURA FLOTANTE PARA TRUCHAS (...) de acuerdo con los Requerimientos Técnicos Mínimos y demás condiciones que se indican en el Capítulo III de la sección específica de las Bases"**.

Asimismo, en el Anexo 07 de dicha propuesta, obra la "Hoja de Descripción Técnica", donde la CONTRATISTA señala específicamente las características del bien a entregar, siendo éstas idénticas a las establecidas en el Capítulo III de las Bases. Acompaña a este documento la "Descripción Técnica de la Propuesta".

- iii. Según se advierte de los Informes 012-DSMBDSJF-CIPPCH-FCC.BB.-UNAP., del 28 de diciembre de 2009; 013-DSMBDSJFCIPPCH-FCC.BB.-

Caso Arbitral S-045-2012-SNA/OSCE

UNIVERSIDAD NACIONAL DEL ALTIPLANO PUNO – PRODUCTOS Y SERVICIOS INDUSTRIALES ALPAMAYO S.A.C.

UNAP., del 23 de enero de 2010; 002-2010-D-CIPP-CH-FCCBB-UNA-PUNO, del 25 de enero de 2010; 004-2010-D-CIPP-CH-FCCBB-UNA-PUNO, del 01 de febrero de 2010; 001-2010-CEMJ-UNA-PUNO, del 07 de octubre de 2010; 01-10/00A, del 04 de octubre de 2010; así como de los Oficios 014-2010-D-CIPP-CH.CC.BB.UNA-PUNO, del 11 de octubre de 2010; 444-2010-D-FCCBB-UNAP, del 15 de octubre de 2010; 052-CIPP-CH-F.CCCB-UNA-PUNO, del 30 de mayo de 2011, existirían requerimientos técnicos mínimos descritos en las Bases que la CONTRATISTA no habría cumplido en la estructura flotante para truchas entregada a la ENTIDAD.

Específicamente en el Informe N° 001-2010-CEMJ-UNA-PUNO, del 07 de octubre de 2010, se enumeran los requerimientos técnicos mínimos no cumplidos por la CONTRATISTA:

"1.- (...) En la ORDEN DE COMPRA, se establece que el espesor del metal de fierro negro galvanizado y zincado con acabado electro galvanizado es de 32 mm, comprobándose que el material utilizado en la construcción del módulo de jaula flotante y entregado a Almacén de la Universidad Nacional del Altiplano es de 2.3 mm Características que no concuerda con lo establecido en la Orden de Compra.

2.- Los cabezales de la estructura metálica que se unen una con otra, con gomas de butilo y que sufrieron roturas y rajaduras; fueron reparados por el vendedor soldando por la parte interna con varilla de fierro de soporte, para darle cierta consistencia, sin embargo, luego de haberse soldado se pintó con pintura color plomo, sin tratamiento del proceso de zincado.

3.- Se ha comprobado que el material desplegado del piso metálico son de material muy delgado, lo que no brindará la seguridad que se requiere para este tipo de trabajos, máxime, si los trabajos de manejo acuícola se realizan en un medio muy inestable y permanente movimiento de las aguas.

Caso Arbitral S-045-2012-SNA/OSCE

UNIVERSIDAD NACIONAL DEL ALTIPLANO PUNO – PRODUCTOS Y SERVICIOS INDUSTRIALES ALPAMAYO S.A.C.

4.-El material utilizado en las barandas son tubos de una pulgada de diámetro y 1/16 pulgadas de espesor, lo que no presta garantía ni seguridad, puesto que estas barandas, servirán de apoyo al personal que laborará en el manejo del cultivo de truchas, así como seguridad para evitar cualquier riesgo la integridad física del personal.

5.- Se ha sometido a pruebas de flexión el material utilizado en la construcción de la estructura metálica, y se ha comprobado que la capa de zinc (zincado) que recubre el fierro galvanizado, se desprende fácilmente.”

i. Frente a las imputaciones efectuadas por la ENTIDAD, la CONTRATISTA, mediante Carta S/N del 15 de julio de 2011, efectuó sus descargos en la forma siguiente (descargos que se reproducen en el escrito de fecha 21 de junio de 2012):

- Sobre el espesor del fierro galvanizado: “*(...) el espesor establecido en la orden de compra es a todas luces incompatible con la propia jaula flotante, en razón que el espesor de 32 mm, haría simplemente inoperativa la misma, por el gran peso que significaría tal dimensión, provocando inclusive el hundimiento de toda la estructura (...)*”.
- Sobre los cabezales de la estructura metálica: “*(...) luego del ensamblaje de la jaula flotante, esta debió necesariamente anclarse y sin embargo no se hizo, quedando a la deriva, sujeta al oleaje variable e inconstante de las aguas del lago por varios meses, siendo inclusive este su estado actual, que ha provocado que se haya desplazado inclusive hasta la orilla del frente de la bahía, esto es, hasta la zona de Platería, lo que obviamente ha ocasionado la rotura y rajadura de la estructura referida, pues, la jaula metálica no está hecha para navegar y al no anclarla indefectiblemente va a sufrir averías*”.

Caso Arbitral S-045-2012-SNA/OSCE
UNIVERSIDAD NACIONAL DEL ALTIPLANO PUNO – PRODUCTOS Y
SERVICIOS INDUSTRIALES ALPAMAYO S.A.C.

- Sobre el metal desplegado en el piso metálico: "*(...) hemos cumplido las especificaciones técnicas, no cabiendo ejecutar la garantía sobre ello*".
 - Sobre el material utilizado en las barandas: "*Igualmente nos hemos remitido a las especificaciones técnicas*".
 - Sobre la capa de zincado que recubre el fierro galvanizado: "*(...) el recubrimiento de zinc ha sido realizado por una empresa especializada de Arequipa, quienes nos han entregado el trabajo con su ficha de control de calidad y que en la verificación del día 6 de julio último se pudo notar que no se nota ningún desperfecto al respecto*".
- v. Habida cuenta de las alegaciones de las partes, corresponde al Árbitro Único analizar cada requerimiento presuntamente no cumplido por la CONTRATISTA.
- a. Sobre el espesor de fierro galvanizado:
- Conforme se observa en la Carta S/N del 15 de julio de 2011, los argumentos de la CONTRATISTA a este respecto están dirigidos a cuestionar las especificaciones técnicas establecidas en las Bases.
- Dichos argumentos no se encuentran conforme al marco legal vigente, en tanto, si la CONTRATISTA consideraba que existía un requerimiento técnico que imposibilitara el buen funcionamiento del bien a adquirir, debió expresarlo durante el proceso de selección y no luego de haberse entregado la Orden de Compra.
- A ese respecto, el artículo 28º de la LCE establece lo siguiente:

"Artículo 28. Consultas y Observaciones a las Bases
(...)

Caso Arbitral S-045-2012-SNA/OSCE

UNIVERSIDAD NACIONAL DEL ALTIPLANO PUNO – PRODUCTOS Y
SERVICIOS INDUSTRIALES ALPAMAYO S.A.C.

*A través de las consultas, se formulan pedidos de aclaración a las disposiciones de las Bases y mediante las **OBSERVACIONES** se cuestionan las mismas en lo relativo al incumplimiento de las condiciones mínimas o de cualquier disposición en materia de contrataciones del Estado u otras normas complementarias o conexas que tengan relación con el proceso de selección.*

Las respuestas a las consultas y observaciones deben ser fundamentadas y sustentadas y se comunicarán, de manera oportuna y simultánea, a todos los participantes a través del Sistema Electrónico de Contrataciones del Estado (SEACE), considerándose como parte integrante de las Bases.

Los participantes pueden solicitar que las Bases y los actuados del proceso sean elevados para pronunciamiento del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE), siempre que se cumpla con los supuestos de elevación establecidos en el reglamento. (...)"

En ese sentido, repetimos, si la CONTRATISTA consideraba que las especificaciones técnicas establecidas para la estructura no eran las adecuadas y que dificultarían su normal funcionamiento, debió realizar ésta observación durante el proceso de selección. En consecuencia, los argumentos expresados por la CONTRATISTA no tienen sustento y puede afirmarse que existió incumplimiento de la CONTRATISTA en cuanto a este requerimiento técnico.

b. Rotura de los cabezales de la estructura metálica:

La CONTRATISTA atribuye la responsabilidad de la rotura de los cabezales de la estructura metálica a la ENTIDAD, en tanto, sostiene que la estructura debió anclarse y ésta no lo hizo.

Caso Arbitral S-045-2012-SNA/OSCE

UNIVERSIDAD NACIONAL DEL ALTIPLANO PUNO – PRODUCTOS Y SERVICIOS INDUSTRIALES ALPAMAYO S.A.C.

Sobre el particular, es pertinente señalar que, de acuerdo a lo establecido en las Bases, así como en la Orden de Compra – Guía de Internamiento N° 01402, la responsabilidad de la instalación de la estructura flotante recaía en la CONTRATISTA y no en la ENTIDAD.

Siendo ello así, la CONTRATISTA, debió prever las circunstancias que dificultarían la instalación de la estructura flotante en la sede Muelle Barco CIP Chucuito, así como las posibles consecuencias de que no se efectúe dicha instalación.

Por tanto, se puede concluir que, a este respecto, existe incumplimiento de la CONTRATISTA.

c. El material desplegado en el piso metálico

En lo referido a este aspecto, la CONTRATISTA señala que ha cumplido con lo especificado en las Bases.

De la revisión de los informes presentados por la ENTIDAD no se advierte que la CONTRATISTA haya incumplido con lo especificado en las Bases en este aspecto, en tanto éstos sólo se limitan a señalar que “el material desplegado del piso metálico es de material muy delgado”, no precisándose si dicha deficiencia fue derivada de un error de las especificaciones técnicas de las Bases o de un incumplimiento de la CONTRATISTA.

Por tanto, no se advierte un incumplimiento de la CONTRATISTA en cuanto a este aspecto.

d. Sobre el material utilizado en las barandas

El cuestionamiento efectuado por la ENTIDAD está orientado al espesor y diámetro de las barandas de la estructura flotante entregada. En este sentido, sostiene las barandas de una pulgada

Caso Arbitral S-045-2012-SNA/OSCE

UNIVERSIDAD NACIONAL DEL ALTIPLANO PUNO – PRODUCTOS Y SERVICIOS INDUSTRIALES ALPAMAYO S.A.C.

de diámetro y 1/16 pulgadas de espesor no prestan garantía ni seguridad al personal que labora en el manejo del cultivo de truchas.

Sobre el particular, se advierte de la Descripción Técnica de la Propuesta presentada por la CONTRATISTA durante el proceso de selección, que ésta había ofrecido una baranda, cuyo tubo principal tendría las siguientes características: "Tubo STD 1\"", por lo que no existiría incumplimiento en este sentido.

e. Sobre la capa de zincado que recubre el fierro galvanizado:

En las Bases se establece como descripción del bien a adquirir: "ESTRUCTURA FLOTANTE DE METAL FIERRO NEGRO GALVANIZADO Y ZINCADO (ASE 1010- BAJO CARBONO) CON ACABADO ELECTRO GALVANIZADO".

La ENTIDAD señala que, sometido a pruebas de flexión el material utilizado en la construcción de la estructura metálica, se ha comprobado que la capa de zinc que recubre el fierro galvanizado se desprende fácilmente. La CONTRATISTA, por su parte, no ha desmentido este hecho, sino que sólo se ha remitido a señalar que el recubrimiento de zinc fue realizado por una empresa especializada de Arequipa, quienes le habrían entregado el trabajo con su ficha de control de calidad (no se especifica la empresa ni se adjunta la ficha de control de calidad) y que en la verificación del día 6 de julio de 2011 no se ha encontrado ningún desperfecto al respecto.

Revisada el Acta de Verificación del 06 de julio de 2011, se advierte que no se hizo referencia en específico al recubrimiento de zinc en la estructura; no obstante dicha acta señala: "(...) se tomaron fotos diversas *las mismas que demuestran las falencias del mismo* [estructura flotante para truchas], **asimismo se ratifican en las observaciones** y que la Empresa Alpamayo, representada por

Caso Arbitral S-045-2012-SNA/OSCE

UNIVERSIDAD NACIONAL DEL ALTIPLANO PUNO – PRODUCTOS Y SERVICIOS INDUSTRIALES ALPAMAYO S.A.C.

Henry Tejada Arce establece que oportunamente harán llegar las propuestas de solución (...)".

Contrariamente a lo expresado por la CONTRATISTA, lo señalado en el párrafo precedente implica una suerte de aceptación implícita de los hechos imputados por la ENTIDAD. En otras palabras, el representante de la ENTIDAD, al haber señalado su intención de hacer llegar propuestas de solución a las observaciones de la ENTIDAD, implícitamente acepta su responsabilidad por los hechos imputados.

Siendo ello así, se sustentaría un incumplimiento de la CONTRATISTA en este aspecto también.

vi. Por lo analizado en este apartado, se advierte que, de las cinco observaciones realizadas por la ENTIDAD respecto al incumplimiento de las especificaciones técnicas mínimas de las Bases por la CONTRATISTA, al menos tres de ellas tienen sustento fáctico.

Siendo ello así, se evidencia la existencia de un cumplimiento defectuoso por parte de la CONTRATISTA de sus obligaciones.

100. Ahora bien, habiéndose acreditado incumplimientos por parte de la CONTRATISTA, corresponde analizar si éstos ocasionaron un daño a la ENTIDAD.

La ENTIDAD sostiene la adquisición de las jaulas flotantes estaba destinada para la Escuela Profesional de Biología, quienes, de acuerdo a su programa curricular, iban a destinar dicho bien para la crianza de truchas, las cuáles serían, a su vez, destinadas al mercado interno. En este sentido, la ENTIDAD afirma que se le ha causado un daño patrimonial consistente en el lucro cesante y el daño emergente, pues el bien adquirido estaba destinado para la producción de truchas. Al respecto, sostiene que el lucro cesante se refiere a la ganancia y rentas que ha dejado de percibir como consecuencia del perjuicio o daño que se le ha causado con la resolución del contrato con

Caso Arbitral S-045-2012-SNA/OSCE

UNIVERSIDAD NACIONAL DEL ALTIPLANO PUNO – PRODUCTOS Y SERVICIOS INDUSTRIALES ALPAMAYO S.A.C.

la DEMANDADA. Por su parte, el daño emergente corresponde al valor del bien que ha sufrido daño o perjuicio.

101. Conforme puede observarse de la causa pendiente de la demanda de la ENTIDAD respecto a este punto en específico, el daño alegado, por una parte, es derivado de la inutilidad de la estructura para desarrollar la enseñanza de los alumnos de la Escuela Profesional de Biología de la ENTIDAD. Este hecho, sin lugar a dudas, pertenece más a un ámbito subjetivo que objetivo, pues no existe en el expediente un medio probatorio idóneo que acredite el impacto en los alumnos de la ENTIDAD que produce el hecho de no contar con la estructura que se había adquirido.

Caso contrario es el de las ganancias dejadas de percibir por la venta de las truchas criadas en la estructura, pues este hecho siendo objetivo, podría haber sido probado mediante facturas o boletas de venta.

102. No obstante lo señalado, se encuentra debidamente acreditado en autos que existieron incumplimientos de la CONTRATISTA que defraudaron la expectativa que la ENTIDAD puso en el proceso de contratación. Este hecho, a consideración del Árbitro Único constituye y se posible de ser sancionado por el ordenamiento jurídico, más aún si se considera que el mal funcionamiento de la estructura flotante es consecuencia directa del incumplimiento de las especificaciones técnicas establecidas por la ENTIDAD en las Bases del proceso de contratación; incumplimiento reconocido por la CONTRATISTA en sendas comunicaciones y que acredita el actuar doloso de esta parte durante el proceso de selección.

103. En virtud a ese razonamiento, el Árbitro Único considera que, de acuerdo a la normatividad vigente referida a la responsabilidad contractual, correspondería otorgar a la ENTIDAD una indemnización por el daño generado a raíz de los incumplimientos en la prestación de la CONTRATISTA, en tanto existe un daño emergente innegable. No obstante, la ENTIDAD no ha probado, detallado ni sustentado los montos que corresponden al quantum indemnizatorio, limitándose a señalar una cifra que no es posible de corroborarse con la información que obra en el expediente, lo cual no

Caso Arbitral S-045-2012-SNA/OSCE

UNIVERSIDAD NACIONAL DEL ALTIPLANO PUNO – PRODUCTOS Y SERVICIOS INDUSTRIALES ALPAMAYO S.A.C.

obsta para que la pretensión pueda plantearse nuevamente, pero ya no en este arbitraje.

104. Sin perjuicio de lo expuesto, además debemos señalar que el modo en que han sido propuestas las pretensiones de la demanda no permite en este proceso arbitral otorgar dicha indemnización, de acuerdo al marco legal vigente.
 105. En efecto, el Artículo 87º del Código Procesal Civil establece, por definición, que una pretensión es accesoria cuando habiendo varias pretensiones, al declararse fundada la principal, se amparan también las demás; esto es, las pretensiones accesorias corren la suerte de las principales.
 106. La pretensión que se revisa en este apartado es ACCESORIA a las dos pretensiones principales que se han analizado precedentemente, las cuales han sido declaradas infundadas. En consecuencia, de acuerdo a los parámetros del artículo 87º del Código Procesal Civil, corresponde declararla infundada.
101. En tal orden de ideas, el Árbitro Único considera que esta pretensión debe declararse IMPROCEDENTE; en consecuencia, no corresponde **en este arbitraje** amparar la pretensión de indemnización de la ENTIDAD, dejando a salvo su derecho a plantearlo conforme a ley.

VI.4 SOBRE EL CUARTO PUNTO CONTROVERTIDO

102. Despues de analizar los argumentos de ambas partes, así como la prueba actuada a lo largo de este proceso, el Tribunal Arbitral analizará el Cuarto Punto Controvertido referido a determinar si corresponde declarar que la CONTRATISTA debe asumir los gastos arbitrales.
103. De acuerdo a lo establecido en el artículo 59º del Reglamento SNCA, "*El Tribunal Arbitral deberá pronunciarse en el laudo sobre los gastos arbitrales, atendiendo a lo pactado por las partes en el convenio arbitral, en caso contrario, previa liquidación de la Secretaría del SNCACONSUCODE, decidirá*

UNIVERSIDAD NACIONAL DEL ALTIPLANO PUNO – PRODUCTOS Y SERVICIOS INDUSTRIALES ALPAMAYO S.A.C.

a su entera discreción quien debe asumirlos o en que proporciones deben dichos gastos distribuirse entre las partes.”

104. Ahora bien, teniendo en cuenta que la cláusula arbitral contenida en el artículo 216º del RLCE, aplicable al presente arbitraje, no está referida a la distribución de los gastos arbitrales, corresponde al Árbitro Único determinar dicha distribución.
105. En ese orden de ideas, considerando que las partes han tenido razones atendibles para litigar corresponde que cada una de ellas asuma los gastos arbitrales en partes iguales, asumiendo cada una los gastos que en su defensa en el arbitraje haya tenido que realizar.

Por las razones expuestas, estando a los considerandos, de conformidad con el artículo 57º del Reglamento SNCA, el Árbitro Único, en **DERECHO**.

LAUDA:

PRIMERO: DECLARAR INFUNDADA la Excepción de Litispendencia deducida por **PRODUCTOS Y SERVICIOS INDUSTRIALES ALPAMAYO S.A.C.** por las consideraciones expuestas en el acápite IV del presente laudo.

SEGUNDO: DECLARAR INFUNDADA la Nulidad del Arbitraje deducida por **PRODUCTOS Y SERVICIOS INDUSTRIALES ALPAMAYO S.A.C.** por las consideraciones expuestas en el acápite V del presente laudo.

TERCERO: DECLARAR IMPROCEDENTE la Primera Pretensión Principal de la demanda; y, en consecuencia no corresponde declarar consentida la resolución de contrato, en la Orden de Compra – Guía de Internamiento N° 1402 del 31 de julio de 2009, comunicada por la ENTIDAD a la CONTRATISTA, mediante Carta Notarial de fecha 14 de noviembre de 2011.

CUARTO: DECLARAR INFUNDADA la Segunda Pretensión Principal de la demanda; y, en consecuencia **DECLARAR** que no corresponde ordenar a **PRODUCTOS Y SERVICIOS INDUSTRIALES ALPAMAYO S.A.C.** que devuelva el monto total pagado por la compra de la Estructura Flotante para Truchas, que asciende a la suma

Caso Arbitral S-045-2012-SNA/OSCE

UNIVERSIDAD NACIONAL DEL ALTIPLANO PUNO – PRODUCTOS Y SERVICIOS INDUSTRIALES ALPAMAYO S.A.C.

de ochenta y cinco mil con 00/100 nuevos soles (S/. 85,000.00) más los intereses legales irrogados hasta la presentación de la demanda.

QUINTO: DECLARAR IMPROCEDENTE la [Primera] Pretensión Acumulativa Accesoria de la demanda; y, en consecuencia, **DECLARAR** que no corresponde en este arbitraje ordenar a **PRODUCTOS Y SERVICIOS INDUSTRIALES ALPAMAYO S.A.C.** que pague a favor de la **UNIVERSIDAD NACIONAL DEL ALTIPLANO - PUNO** el monto de cincuenta mil con 00/100 nuevos soles (s/. 50,000.00) por concepto de daños y perjuicios, por el incumplimiento de lo establecido en la Orden de Compra – Guía de Internamiento N° 1402, dejando a salvo su derecho.

SEXTO: ORDENAR que cada parte asuma los gastos arbitrales en los que se ha incurrido en el arbitraje, salvo aquellos en que han incurrido en su defensa en el arbitraje los que serán de cargo de cada parte.

Notifíquese a las partes.


JUAN PEÑA ACEVEDO

Árbitro Único




ANTONIO CORRALES GONZALES

Director de Arbitraje Administrativo