

ARBITRO : GUSTAVO DE VINATEA BELLATIN
DEMANDANTE : EMPRESA REGIONAL DE SERVICIO PUBLICO DE ELECTRICIDAD DEL SUR ESTE S.A.A.
(ELECTRO SUR ESTE S.A.A.)
DEMANDADO : FRIO ELECTROMECANICA SERVICE S.R.L.
(FESER S.R.L.)
EXPEDIENTE : S-85-2012/SNA-OSCE

LAUDO ARBITRAL DE DERECHO

Resolución N° 18

Lima, 12 de marzo del año dos mil catorce

AUTOS Y VISTOS

I. EXISTENCIA DE UN CONVENIO ARBITRAL

Con fecha 17 de agosto del 2010, EMPRESA REGIONAL DE SERVICIO PUBLICO DE ELECTRICIDAD DEL SUR ESTE S.A.A. (en adelante también llamada el “demandante”, “La Entidad” o “ELECTRO SUR ESTE S.A.A.” o “ELSE”) y FRIO ELECTROMECANICA SERVICE S.R.L. (en adelante también llamada el “demandado”, “FESER S.R.L.” o “El Contratista” o “FESER”), celebraron el Contrato N° 159-2010, para la adquisición del grupo electrógeno móvil, con las características especificadas en las bases del proceso de contratación, que se entregó en la Central Térmica de Iberia, departamento de Madre de Dios. Cabe indicar que, el contrato ha sido celebrado dentro de los alcances de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado por Decreto Legislativo N° 1017 (en adelante “La Ley”), y su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N°184-2008-EF (en adelante “El Reglamento”). La cláusula décima séptima del Contrato establece expresamente lo siguiente:

«Cláusula Décimo Séptima: Solución de controversias

Cualquiera de las partes tiene derecho a iniciar el arbitraje administrativo a fin de resolver las controversias que se presente durante la etapa de ejecución contractual dentro del plazo de caducidad previsto en los artículos 144º, 170º, 175º y 177º del Reglamento o, en su defecto, en el artículo 52º de la Ley.

Facultativamente, cualquiera de las partes podrá someter a conciliación la referida controversia, sin perjuicio de recurrir al arbitraje en caso no se llegue a un acuerdo entre ambas, según lo señalado en el artículo 214º del RLCE o, en su defecto, en el artículo 52º LCE.

En caso no se solucione la controversia en conciliación se acuerda la siguiente cláusula arbitral:

“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 OSCE y de acuerdo a su Reglamento.”

El laudo arbitral emitido es definitivo e inapelable, tiene valor de cosa juzgada y se ejecuta como una sentencia.”»

Atendiendo a lo establecido por las partes en la cláusula arbitral antes señalada, las controversias referidas a este contrato deben ser resueltas mediante un proceso arbitral.

II. ANTECEDENTES

1. Con fecha 21 de julio del 2010, el Comité especial adjudicó la Buena Pro de la Adjudicación Directa Selectiva N° ADS-088-2010-ELSE, para la adquisición del nuevo grupo electrógeno móvil de potencia eléctrica PRIME 540KW a la empresa Frío electromecánica Service S.R.L. por el monto de US\$ 127,000.00 conforme a las condiciones pactadas en el Contrato N° 159-2010.
2. Con fecha 17 de agosto del 2010, La Entidad y el Contratista celebraron el Contrato N° 159-2010 denominado “Contrato de Adquisición de Grupo Electrógeno Móvil”, correspondiente a la Adjudicación Directa Selectiva N° ADS-088-2010-ELSE, en el cual el Contratista se comprometió a entregar el Grupo Térmico 540 KW de potencia PRIME, siendo de superior calidad a lo solicitado en las bases por la Entidad (450 KW potencia PRIME), habiéndose realizado el pago de US\$ 127,700.00 (CIENTO VEINTESIETE MIL SETECIENTOS Y 00/100 DOLARES AMERICANOS) incluido IGV.
3. Con fecha 2 de abril de 2012, el demandante cursa por conducto notarial la Carta N° G – 367 – 2012 al demandado, donde se advierte el vicio oculto en la provisión del grupo Electrógeno Móvil adquirido por el Contrato N° 159-2010. Por ello, solicita la reposición respectiva del bien.
4. Con fecha 4 de mayo de 2012, Frío Electromecánica Service S.R.L contesta mediante Carta N° 044-FESER-2012 afirmando que el grupo electrógeno vendido no puede entregar los 540 KW en modo Prime, y asegurando que el error es del proveedor quien cometió un error en la selección del mismo.
5. Con fecha 05 de julio del 2012, ELECTRO SUR ESTE S.A.A. interpone demanda arbitral contra FESER, formulando los siguientes petitorios:

- 5.1. **Pretensión principal:** Que el demandado, en su condición de vendedor del grupo electrógeno, cumpla su obligación contractual de saneamiento de vicio oculto, al haberse determinado que el bien vendido y entregado no cuenta con la característica esencial que es la generación de energía eléctrica en potencia PRIME 540 KW y en consecuencia lo reemplace por un grupo electrógeno nuevo que cumpla esta características a las cuales se ha obligado según Contrato N° 159-2010 entre ellas la potencia PRIME 540 KW, sin perjuicio de las demás características que figuran en el contrato.
- 5.2. **Pretensión alternativa a la primera pretensión principal:** En el supuesto de que el demandado no pueda remplazar el grupo electrógeno, que nos devuelva el importe de dinero que ELSE le ha pagado como contraprestación, esto es US\$ 127,700.00 (ciento veintisiete mil setecientos con 00/100 dólares americanos) o su equivalente en moneda nacional al tipo de cambio en que se hizo efectivo el pago al demandado.
- 5.3. **Primera pretensión acumulativa, originaria y accesoria a la pretensión principal:** Que el demandado cumpla con pagar una indemnización de daños y perjuicios equivalente a S/. 49,300.00 (cuarentainueve mil trescientos con 00/100 dólares americanos) derivado del daño emergente y lucro cesante por las continuas fallas que ha presentado el grupo electrógeno entregado, con el siguiente detalle:
- Por daño emergente.- derivado de los costos incurridos por nuestra empresa para reparar el bien entregado desde la primera falla que presentó hasta la fecha, estos ascienden a S/. 37,500.00 (treintaisiete mil quinientos con 00/100 nuevos soles). Estos costos están conformados por los repuestos, servicios de técnicos, petróleo para pruebas, etc. Incluye costo de deterioro de imagen empresarial por interrupciones recurrentes de servicio de electricidad en la zona de Iberia-Iñapari, así como compensaciones por calidad de suministro.
 - Por lucro cesante.- Derivado del costo de energía (dejado de suministrar, racionamiento, sobre utilización del otro grupo electrógeno reduciendo su vida útil), estos ascienden a S/. 11,800.00 (once mil ochocientos con 00/100 nuevos soles).
- Cabe señalar que mediante escrito de subsanación de fecha 20 de julio de 2012, se modificaron los montos antes indicados quedando establecidos, S/. 43,818.70 por concepto de daño emergente y S/. 43,908.27 por concepto de lucro cesante, haciendo un total demandado de S/. 87,726.97 por concepto de indemnización por daños y perjuicios.
- 5.4. **Segunda pretensión acumulativa, originaria y accesoria a la pretensión principal:** Que el demandado cumpla con pagar los costos y costas derivado del presente arbitraje.

Los principales hechos en que sustentan su demanda son los siguientes:

- a) ELSE como entidad sujeta al ámbito de la Ley de Contrataciones del Estado, realizó el proceso de selección Adjudicación Directa Selectiva N° ADS-088-2010-ELSE a efectos de adquirir un grupo electrógeno según las especificaciones técnicas que constaban en las bases del referido proceso de selección para la generación de energía eléctrica en la Central Térmica de Iberia – región de Madre de Dios.
 - b) ELSE contrató de manera indubitable un grupo electrógeno PRIME, tanto las bases del procesos de selección, como la cláusula tercera del Contrato N° 159-2010, así lo señalaron claramente, más aun en esta misma clausula se incluye una ficha cuyo punto 6 establece que el equipo funciona 12 horas a plena carga; de la misma manera, conforme se tiene en los Anexo 3,6 y 10 presentados por FESER en el proceso de selección ADS-088-2010-ELSE, esta se obligó a proveer un grupo electrógeno bajo el régimen PRIME a 540KW a un precio de US \$ 127,700.00 (ciento veintisiete mil setecientos con 00/100 dólares americanos).
 - c) A raíz de la evaluación integral del grupo electrógeno, advertimos que el mismo no cuenta con una característica técnica esencial, cual es que no es de aplicación PRIME, sino tan solo es STAND BY, pudiendo generar energía durante 2 y 3 horas continuamente a manera de fuente energética de emergencia, en vez de las 12 horas diarias solicitadas en el proceso de selección.
 - d) Durante la puesta en marcha del generador entregado por FESER, empezaron a aparecer fallas, presentando fallas en el mes de enero del 2011, dos en abril del 2011, agosto del 2011.
 - e) ELSE mediante Carta G-367-2012 de fecha 26.03.2012, requirió el reemplazo del grupo electrógeno a FESER, según consta en el numeral 8.3 del Contrato N° 159-2010.
 - f) En respuesta a la Carta G-367-2012, FESER a través de su Carta N° 044-FESER-2012 reconoce que el motor del grupo electrógeno no es de aplicación PRIME sino de aplicación STAND BY.
6. Con fecha 23 de mayo del 2012, ELSE dio inicio a un procedimiento de conciliación a efectos de arribar a un acuerdo dentro de los parámetros contractuales, al cual no se llegó, razón por la cual ésta concluyó el 20 de junio del 2012 por falta de acuerdo.
7. Admitida la demanda y notificada la misma al Contratista, esta parte contesta la demanda el 13 de agosto del 2012, dentro del plazo conferido, negándola y contradiciéndola en todos sus extremos e interponiendo la excepción de incompetencia.

Los principales hechos en que sustenta su defensa son los siguientes:

- a) Señala que las pretensiones del demandante resultan inamparables jurídicamente para todos los fines del proceso; la principal en los términos y condiciones que se expresan en la demanda por esta vía y la pretensión accesoria padece de insuficiencia e idoneidad probatoria y asegura que el Contrato no prevé la posibilidad de sustituir el bien objeto del mismo.
- b) De conformidad con lo establecido en el numeral 8.3 del Contrato, la obligación expresa y literal de nuestra empresa ha sido la de reponer o reemplazar cualquier deficiencia (falla de fábrica o vicios ocultos) de la prestación ejecutada; mas como puede derivarse de una simple lectura de ello no se señala que la sustitución o cambio debe entenderse respecto de la totalidad del bien o del equipo.
- c) Por medio de la Carta 044-FESER-2012 entregada a ELSE el 04 de mayo del 2012, se ofreció a la entidad una propuesta en sujeción a las obligaciones siguiendo su propia interpretación del numeral 8.3 del Contrato.

III. DESIGNACIÓN DEL ÁRBITRO

1. Con fecha 27 de noviembre de 2012, la Dirección de Arbitraje Administrativo mediante la Carta N° 2647-2012-OSCE/DAA comunica al Dr. Gustavo Adolfo De Vinatea Bellatin, que ha sido designado Árbitro Único, encargado de resolver la controversia surgida entre el Electro Sur Este S.A.A. y Frío Electromecánica Service S.R.L. – FESER.
2. Con fecha 03 de diciembre del 2012, el Dr. Gustavo De Vinatea Bellatin comunica su aceptación a la designación como Árbitro Único para resolver el presente proceso arbitral

IV. AUDIENCIA DE INSTALACIÓN

1. Con fecha 21 de enero del 2013, se reunieron en la sede institucional del OSCE ubicada en el edificio El Regidor N° 108, Residencial San Felipe, distrito de Jesús María, provincia y departamento de Lima. Estuvieron presentes el Árbitro Único, Dr. Gustavo De Vinatea Bellatin; el Director de Arbitraje Administrativo del OSCE (e), Dr. Antonio Corrales Gonzales y el representante de la Entidad, el Dr. Hector E. Mujica Acurio, cabe precisar que el representante del contratista no asistió a la audiencia por más de haber sido debidamente notificado. En dicha reunión el Árbitro Único ratificó los domicilios de las partes.
2. Se dejó constancia que el presente arbitraje se regirá por la Ley de Contrataciones del Estado, Decreto Legislativo N° 1017 y su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 184-2008-EF y por el Reglamento del Sistema Nacional de Arbitraje, aprobado por Resolución N° 016-2004-CONSUCODE-PRE (modificado mediante Resolución N° 172-2012-OSCE/PRE, de

fecha 02 de julio del 2012) y la Directiva N° 007-2009-OSCE/CD (modificado mediante Resolución N° 160-2012-OSCE/PRE).

V. AUDIENCIA DE DETERMINACIÓN DE PUNTOS CONTROVERTIDOS Y ADMISIÓN DE MEDIOS PROBATORIOS

1. Con fecha 19 de marzo del 2013, se reunieron en la sede institucional del OSCE ubicada en el edificio El Regidor N° 108, Residencial San Felipe, distrito de Jesús María, provincia y departamento de Lima. Estuvieron presentes el Árbitro Único, Dr. Gustavo De Vinatea Bellatin; la Directora de Arbitraje Administrativo del OSCE, Dra. Fabiola Paulet Monteagudo y los representantes de ambas partes, precisando que el representante del contratista, Sr. Alejandro Julián Dueñas García, se encontró asistido por su abogado Alex Yuri Pérez Perez.
2. El contratista ha planteado una excepción de incompetencia, como se advierte en el literal c) del acápite II (“Fundamentación Fáctica”) de su escrito de fecha 13 de agosto del 2012, el cual fue puesto en conocimiento de la otra parte mediante la Cédula de Notificación N° 5183-2012 de fecha 15 de agosto del 2012 y notificada el 16 de agosto del 2012. El Árbitro Único ha estimado por precisar que será resuelto, la mencionada excepción, en el presente Laudo Arbitral.
3. El Árbitro Único procedió a determinar los siguientes puntos controvertidos, reservándose el derecho a analizarlos no necesariamente en el orden en que están señalados en el Acta y podrá omitir pronunciarse, con la debida motivación, de alguno dado a la vinculación que pueda tener con uno o varios de los demás puntos controvertidos.
 - 3.1. Determinar si corresponde que se declare, que el contratista en su condición de vendedor del grupo electrógeno, cumpla con su obligación contractual de saneamiento de vicio oculto, por haberse determinado que el bien vendido y entregado no cuenta con las características esenciales que es al generación de energía eléctrica en potencia PRIME 540KW y en consecuencia, que lo reemplace por un grupo electrógeno nuevo que cumpla con las características por las cuales se ha obligado según el Contrato N° 159-2010 entre ellas, la potencia PRIME 540KW, sin perjuicio de las demás características que figuran en el contrato.
 - 3.2. Determinar si es que corresponde que, en el supuesto que el contratista no pueda reemplazar el grupo electrógeno, que devuelva a la entidad el importe de dinero que se le ha pagado como contraprestación, esto es USD \$127,700.00 (ciento veintisiete mil setecientos con 00/100 nuevos soles) o su equivalente en moneda nacional al tipo de cambio en que se hizo efectivo el pago al contratista.
 - 3.3. Determinar si corresponde que, el contratista cumpla con pagar una indemnización de daños y perjuicios ascendiente a S/. 87,726.97 (ochentisiete mil setecientos veintiséis y

97/100 nuevos soles), derivado del daño emergente y lucro cesante por las fallas que ha presentado el grupo eléctrico, con el siguiente detalle:

- Por daño emergente.- Derivado de los costos ocurridos por la entidad para reparar el bien entregado desde la primera falla que presentó hasta la fecha de la demanda, estos ascienden a S/. 43,818.70 (cuarenta y tres mil ochocientos dieciocho y 70/100 nuevos soles). Estos costos están conformados por los repuestos, servicios técnicos, petróleo de pruebas, etc., incluyendo el costo de deterioro de la imagen empresarial por interrupciones recurrentes del servicio de electricidad en la zona de Iberia-Iñapari, así como compensaciones por calidad de suministro.
- Por lucro cesante.- Derivado del costo de energía (dejado de suministrar, racionamiento, sobreutilización del otro grupo eléctrico reduciendo su vida útil), que asciende a S/. 43,908.27 (cuarenta y tres mil novecientos ocho y 27/100 nuevos soles).

3.4. Determinar si corresponde que el contratista cumpla con pagar los costos y costas derivado del presente arbitraje.

VI. PRIMERA AUDIENCIA DE INFORMES ORALES

Con fecha 09 de diciembre del 2013, se reunieron en la sede institucional del OSCE, el Árbitro Único, Dr. Gustavo De Vinatea Bellatin; la Secretaría Arbitral de la dirección de arbitraje administrativo del OSCE, Dra. Mariela Pérez Ramos; en representación de la entidad, estuvieron presentes el abogado Héctor E. Mujica Acurio, identificado con el DNI N° 40778590 y el registro CAC N° 3143, acompañado del señor Víctor Darío Alarcón Navarro, identificado con el DNI N 04828873; en representación del contratista, se hizo presente el abogado Alex Yuri Pérez Pérez, identificado con el DNI N° 09925346 y registro CAL N° 34479 en calidad de Representante Legal según consta en el Testimonio de Escritura N° 5832-12 de fecha 17 de octubre de 2012 que obra en el expediente, asistido por el abogado Víctor Eduardo Olivares Petit, identificado con el DNI N° 25683701 y registro CAL N° 23354 y acompañado de la señorita Cynthia Caroline Dueñas Camacho, identificada con el DNI N° 43305781. El Árbitro Único les otorgó el uso de la palabra a los representantes de la Entidad y, seguidamente y por el mismo lapso, se les concedió el uso de la palabra a los representantes del Contratista. Seguidamente el Árbitro Único procedió a realizar algunas preguntas con respecto a la materia controvertida, las misma fueron absueltas por las partes, terminando así el Informe Oral.

VII. AUDIENCIA DE INFORMES ORALES COMPLEMENTARIA

Con fecha 23 de enero del 2014, se reunieron en la sede institucional del OSCE, el Árbitro Único, Dr. Gustavo De Vinatea Bellatin; la Secretaría Arbitral de la dirección de arbitraje

administrativo del OSCE, Dra. Mariela Pérez Ramos; en representación de la entidad, estuvieron presentes el abogado Héctor E. Mujica Acurio, identificado con el DNI N° 40778590 y el registro CAC N° 3143, acompañado del señor Víctor Darío Alarcón Navarro, identificado con el DNI N° 04828873; en representación del contratista, se hizo presente el abogado Alex Yuri Pérez Pérez, identificado con el DNI N° 09925346 y registro CAL N° 34479 en calidad de Representante Legal según consta en el Testimonio de Escritura N° 5832-12 de fecha 17 de octubre de 2012 que obra en el expediente, asistido por el abogado Víctor Eduardo Olivares Petit, identificado con el DNI N° 25683701 y registro CAL N° 23354 , acompañado por la señorita Cynthia Caroline Dueñas Camacho, identificada con el DNI N° 43305781 y acompañado por el señor Cesar Edmundo Piscoya Arbañil, identificado con el DNI N° 25605962. El Árbitro Único les otorgó el uso de la palabra a los representantes del Contratista, a fin de que expresen el sustento de su posición; seguidamente y por el mismo lapso, se les concedió el uso de la palabra a los representantes de la Entidad. Seguidamente el Árbitro Único puso en conocimiento de las partes la Resolución N° 14.

CONSIDERANDO

I. SOBRE LA EXCEPCIÓN DE INCOMPETENCIA PROPUESTA POR LA PARTE DEMANDADA

1. El artículo 41º de la Ley de Arbitraje, Decreto Legislativo 1071, establece que “*el tribunal arbitral es el único competente para decidir sobre su propia competencia, (...)*”. Cabe remitirnos al doctor Carlos Alberto Soto Coaguila quien afirma lo siguiente.

«El principio Kompetenz-Kompetenz, considerado un pilar del arbitraje, es una manifestación del efectivo positivo del convenio arbitral, pues establece el deber de los árbitros de pronunciarse sobre las materias sometidas a arbitraje. Para Eduardo Silva Romero, este principio “Busca garantizar que la afirmación que realice alguna de las partes de la inexistencia o la nulidad del contrato de arbitraje no conduzca inexorablemente a la parálisis del procedimiento arbitral”¹»²

2. En tal sentido, corresponde al árbitro único la facultad de resolver la excepción de incompetencia propuesta por el demandado mediante el Escrito N° 1 de fecha 13 de agosto de 2012 sobre el supuesto de que las bases no habrían establecido el plazo máximo de responsabilidad por vicio oculto del contratista.
3. El artículo 50 de la Ley de Contrataciones del Estado establece que “el contratista es el responsable por la calidad ofrecida y por los vicios ocultos de los bienes o servicios ofertados por un plazo no menor de un (1) año contado a partir de la conformidad otorgada por la Entidad”. “Las Bases deberán establecer el plazo máximo de responsabilidad del

¹ Cfr. SILVA ROMERO, EDUARDO; Op. Cit. Página 581.

² SOTO COAGUILA, CARLOS ALBERTO; Comentarios a la Ley Peruana de Arbitraje de 2008, página 25.

contratista". El citado artículo si bien exige a las bases señalar este plazo, no contempla una sanción a su no observancia en el sentido que la parte demandada plantea.

4. Por otro lado, el segundo párrafo del artículo 52.2º de la LCE señala “(...) *Para los reclamos que formulen las Entidades por vicios ocultos en los bienes, servicios y obras entregados por el contratista, el plazo de caducidad es el que se fije en función del artículo 50º de la presente ley, y se computa a partir de la conformidad otorgada por la Entidad.*”. Este artículo otorga de manera expresa la competencia arbitral para este tipo de reclamos por vicios ocultos derivados de contratos.
5. Cabe señalar que, el Contrato en el inciso segundo de la cláusula octava establece un periodo de diecinueve (19) meses como garantía por el bien transferido, siendo este el plazo máximo de responsabilidad del contratista por vicios ocultos.
6. Teniendo en cuenta que, el grupo electrógeno se entregó el 09 de diciembre del 2010, y conforme consta en la Carta Notarial de fecha 2 de abril del 2012, el reclamo por vicios ocultos se presentó dentro del plazo previsto en el Contrato.
7. En tal sentido, el Árbitro Único considera que la excepción de incompetencia propuesta por la parte demandada, deviene en infundada.

II. PUNTOS CONTROVERTIDOS

1. SOBRE EL PRIMER PUNTO CONTROVERTIDO Y PRETENSION PRINCIPAL DE LA DEMANDA

Determinar si corresponde que se declare, que el contratista en su condición de vendedor del grupo electrógeno, cumpla con su obligación contractual de saneamiento de vicio oculto, por haberse determinado que el bien vendido y entregado no cuenta con las características esenciales que es la generación de energía eléctrica en potencia PRIME 540KW y en consecuencia, que lo reemplace por un grupo electrógeno nuevo que cumpla con las características por las cuales se ha obligado según el Contrato N° 159-2010 entre ellas, la potencia PRIME 540KW, sin perjuicio de las demás características que figuran en el contrato.

- 1.1. Conforme a lo estipulado en el artículo décimo del Contrato titulado “Responsabilidad por Vicios Ocultos” se establece que la conformidad de recepción de la prestación por parte de ELSE no enerva su derecho a reclamar posteriormente por defectos o vicios ocultos conforme a lo dispuesto por el artículo 50º de la LCE.”
- 1.2. A continuación lo pertinente del artículo 50º de la LCE:

"El contratista es el responsable por la calidad ofrecida y por los vicios ocultos de los bienes o servicios ofertados por un plazo no menor de un (1) año contado a partir de la conformidad otorgada por la entidad. El contrato podrá establecer excepciones para bienes fungibles y/o perecibles, siempre que la naturaleza de estos bienes no se adecue a este plazo. En el caso de obras, el plazo de responsabilidad no podrá ser inferior a siete (7) años, contados a partir de la conformidad de la recepción total o parcial de la obra, según corresponda.

Las bases deberán establecer el plazo máximo de responsabilidad del contratista."

- 1.3. Respecto de la interpretación de los vicios ocultos, recurrimos al doctor Manuel de la Puente y Lavalle que define los vicios ocultos de la siguiente manera.

"(...) pues la doctrina es unánime en considerar que ellos se presentan cuando el bien, cuya propiedad, posesión o uso se transfiere tiene defectos, o imperfecciones, que no se revelan por su examen y que afectan su utilización por el adquirente."³

- 1.4. Teniendo en consideración la definición propuesta en el punto anterior y lo pactado en el Contrato, ELSE ha debido recibir un Grupo Electrógeno de potencia PRIME 540 KW y el deber de saneamiento del Contratista le obliga a tener que subsanar todo defecto que padezca con el fin de que se cumpla con lo pactado.
- 1.5. Esto último según la Carta N° 044-FESER-2012 donde el demandado expresamente admite que el grupo electrógeno entregado no es de potencia PRIME. A continuación el extracto literal pertinente.

"(...) Como consecuencia de este reclamo nos hemos informado tanto con nuestro proveedor fabricante del grupo electrógeno Dongguan Camda Generator Work Co. Ltd., así como con el fabricante del motor Cummins en China, indagaciones a consecuencia de las cuales hemos confirmado que el referido motor solo puede entregar 600 KW en modo STAND-BY mas no los 540 KW en modo PRIME, y que el proveedor cometió un error en seleccionar el motor KTA19-G6A en este proyecto (...)"

- 1.6. Se debe tener presente que de acuerdo al contrato, el único responsable de la calidad y características del bien entregado es la empresa FESER, resultando irrelevante para efectos del contrato si el bien fue suministrado por terceras empresas.
- 1.7. Cabe mencionar que, en el informe elaborado por el Ingeniero Cesar Piscoya A., presentado por FESER, se concluye lo siguiente.

³ DE LA PUENTE Y LAVALLE, MANUEL; "El Contrato en General" obra "El Contrato en General", Biblioteca para leer el Código Civil, volumen XV, Segunda Parte- Tomo VI, página 418.

“(...) la diferencia en el interior del motor para que sea de aplicación Prime o Standby radica en los diferentes pistones, turbo e inyectores y no en piezas importantes del motor como son el cigüeñal, mono block, camisetas, etc. (...).”

- 1.8. Sin embargo, FESER ofreció cambiar el modo STANDBY a PRIME (cambio de la naturaleza del bien) mediante la sustitución de las piezas necesarias. Sin embargo, señala expresamente que el mencionado cambio no otorgaría al grupo electrógeno la potencia de 540 KW (que es la pactada) sino de 470 KW. En la Carta N° 044-FESER-2012 se afirma lo mencionado. A continuación el extracto pertinente:

“(...) ofrecemos a ustedes como solución de este inconveniente bajo nuestra cuenta, el reemplazo de Pistones, Turbocargador, bomba de Combustible y Empaques de Alta, a fin de que el motor KTA19-G6A, se encuentre totalmente habilitado, funcionando y con la respectiva puesta a punto a nivel técnico y mecánico, entregue 470 KW en modo PRIME a 1800 RPM/60Hz; con lo que el precitado motor se convertiría en el modelo KTA19-G5, de acuerdo a la información recabada por la misma fabricante Cummins en China(...).”

- 1.9. Por tanto, nos encontramos ante un vicio oculto, debido a que este no pudo ser detectado antes de la entrega y funcionamiento del bien, pues los documentos y placa señalaban que se trataba de un grupo electrógeno PRIME cuando en realidad no lo era.
- 1.10. Por otro lado, la reparación ofrecida por FESER no tendría como resultado el bien obligado a entregar (PRIME 540 KW), por lo que, en este caso, corresponde exigir la entrega de un nuevo bien de acuerdo a las características pactadas en el Contrato.
- 1.11. En este sentido, es pertinente remitirnos al doctor Vládik Aldea Correa quien define el vicio oculto según lo siguiente.

“Vicio oculto es toda imperfección existente sobre el bien transferido, que lo hace inadecuado para el propósito de su adquisición. El bien transferido al adquirente en propiedad, posesión o uso, debe presentar un vicio o defecto que ordinariamente no presentaría y cuya existencia afecta el disfrute del mismo, al grado de volverlo inútil para la finalidad por la cual se adquirió.”⁴ (Subrayado nuestro)

- 1.12. Ambos autores, Manuel de la Puente y Lavalle y Vládik Aldea Correa, coinciden en señalar que en los casos de vicio oculto, se ha entregado un bien, el cual contiene un defecto no perceptible al momento de la entrega y conformidad y que genera una disminución en su calidad o eficiencia, afectando su utilidad respecto al fin por el cual se adquirió.
- 1.13. Es pertinente señalar que, de acuerdo al segundo párrafo del artículo 142º del Reglamento de la LCE se establece que las normas del código civil resultan de

⁴ ALDEA CORREA, VLADIK; *Gaceta Jurídica, Código Civil Comentado, tomo VII “Contratos en General”, página 892.*

aplicación supletoria. En este sentido, los artículos 1503º, 1504º y 1505º del Código Civil resultan aplicables.⁵

- 1.14. Cabe señalar que todos los demás medios probatorios que tratan sobre el tema de las características del bien entregado, no han desvirtuado el valor de la declaración contenida en la carta notarial N° 044-FESER-2012 de FESER en el sentido ya analizado, de que no se entregó el grupo electrógeno ofrecido y que la reparación parcial del bien propuesta no lograría cumplir con dicha obligación. Por lo que, corresponde declarar fundada esta primera pretensión y en consecuencia exigir a FESER la entrega de un nuevo grupo electrógeno de acuerdo a todos los términos y condiciones del contrato N° 159-2010, en el plazo de setenta y nueve (79) días calendario.
- 1.15. Por su parte ELSE deberá devolver el grupo electrógeno que recibió, en el plazo máximo de diez (10) días luego de la recepción formal, instalación y funcionamiento del nuevo grupo electrógeno a ser entregado. Esta devolución se hará en el mismo lugar en el que se entregó el primer grupo electrógeno.

2. SOBRE EL SEGUNDO PUNTO CONTROVERTIDO Y PRETENSION ALTERNATIVA A LA PRETENSIÓN PRINCIPAL DE LA DEMANDA

Determinar si es que corresponde que, en el supuesto que el contratista no pueda reemplazar el grupo electrógeno, que devuelva a la entidad el importe de dinero que se le ha pagado como contraprestación, esto es USD \$127,700.00 (ciento veintisiete mil setecientos con 00/100 dólares americanos) o su equivalente en moneda nacional al tipo de cambio en que se hizo efectivo el pago al contratista.

- 2.1. En el análisis del primer punto controvertido, se ha establecido que corresponde reconocer al demandante el derecho a la sustitución del bien entregado por el bien pactado, debido a que nos encontramos ante una subsanación por vicio oculto.
- 2.2. Cabe señalar que en ningún momento la parte afectada recurrió al mecanismo previsto en el contrato de resolución del contrato ni ha solicitado dicha resolución en el presente arbitraje.
- 2.3. La devolución del dinero pagado implica una restitución de prestaciones a consecuencia de la resolución del contrato, cosa que no ha ocurrido ni se ha solicitado en el presente caso.

⁵ ART 1503º.- *El transferente está obligado al saneamiento por los vicios ocultos existentes al momento de la transferencia.*

ART 1504º.-No se consideran vicios ocultos los que el adquirente pueda conocer actuando con la diligencia exigible de acuerdo con su aptitud personal y con las circunstancias.

ART 1505º.- Hay lugar al saneamiento cuando el bien carece de las cualidades prometidas por el transferente que le daban valor o lo hacían apto para la finalidad de la adquisición.

- 2.4. Las pretensiones alternativas implican que el demandante logre acreditar la procedencia y fundabilidad de ambas pretensiones. Solo en este supuesto el demandado puede elegir aquella pretensión que cumplirá o en su defecto podrá elegirla el demandante.
- 2.5. En el presente caso, la segunda pretensión alternativa deviene en improcedente, toda vez que no se ha acreditado la resolución previa del contrato y, por lo tanto, no procede solicitar la devolución del dinero pagado lo que implica una restitución de prestaciones.
- 2.6. En tal sentido, el Contrato N° 159-2010, -el mismo que ha quedado extinguido con la conformidad y pago por el bien entregado-, preveía en su cláusula décimo cuarta titulada “Resolución del Contrato” lo siguiente:

“12.2 (...) La EMPRESA (ELSE) podrá resolver el contrato de conformidad con el inciso c) del artículo 40º de la Ley de Contrataciones con el Estado (LCE) 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; o*
3. *Paralice o reduzca injustificadamente la ejecución de la prestación, pese a haber sido requerido para corregir tal situación.” (Subrayado nuestro)*

- 2.7. Es pertinente recoger lo estipulado el literal c) del artículo 40º de la LCE que establece lo siguiente:

“Resolución de contrato por incumplimiento: En caso de incumplimiento por parte del contratista de alguna de sus obligaciones, 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, mediante la remisión por vía notarial del documento en el que se manifieste esta decisión y el motivo que la justifica. (...)” (Subrayado nuestro)

- 2.8. De manera supletoria el artículo 1511º del Código Civil establece que *“el adquiriente puede pedir, en razón del saneamiento a que está obligado el transferente, la resolución del contrato.”*
- 2.9. Asimismo, se debe concordar el citado artículo 40º de la LCE con el artículo 167º del Reglamento de la LCE que estipula lo siguiente:

“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. (...)"

- 2.10. En atención a lo antes citado, tomando en cuenta que la parte perjudicada –en este caso la parte demandante-, no se ha valido del mecanismo de resolución previsto en el contrato y en la ley no procede la restitución de prestaciones pretendida por el demandante.
- 2.11. En consecuencia, el Árbitro Único concluye que, en atención a lo establecido por las partes en el Contrato y lo regulado en nuestro Ordenamiento Jurídico, esta pretensión debe ser declarada improcedente por carecer de la premisa de que exista una resolución de contrato previa.

3. TERCER PUNTO CONTROVERTIDO Y PRIMERA PRETENSION ACUMULATIVA, ORIGINARIA Y ACCESORIA A LA PRETENCION PRINCIPAL DE LA DEMANDA

Determinar si corresponde que, el contratista cumpla con pagar una indemnización de daños y perjuicios ascendente a S/. 87,726.97 (ochentisiete mil setecientos veintiséis y 97/100 nuevos soles), derivado del daño emergente y lucro cesante por las fallas que ha presentado el grupo electrógeno, con el siguiente detalle:

- *Por daño emergente.- Derivado de los costos incurridos por la entidad para reparar el bien entregado desde la primera falla que presentó hasta la fecha de la demanda, estos ascienden a S/. 43,818.70 (cuarentitres mil ochocientos dieciocho y 70/100 nuevos soles). Estos costos están conformados por los repuestos, servicios técnicos, petróleo de pruebas, etc., incluyendo el costo de deterioro de la imagen empresarial por interrupciones recurrentes del servicio de electricidad en la zona de Iberia-Iñapari, así como compensaciones por calidad de suministro.*
- *Por lucro cesante.- Derivado del costo de energía (dejado de suministrar, racionamiento, sobreutilización del otro grupo electrógeno reduciendo su vida útil), que asciende a S/. 43,908.27 (cuarentitres mil novecientos ocho y 27/100 nuevos soles).*

- 3.1. El doctor Felipe Osterling Parodi define el daño emergente y el lucro cesante de la siguiente manera: “(...) *El daño emergente es el empobrecimiento del patrimonio del acreedor. El lucro cesante corresponde al legítimo enriquecimiento que se frustró.* (...)”⁶.

⁶ OSTERLING PARODI, FELIPE; “La Indemnización de Daños y Perjuicios”, página 8

- 3.2. En cualquiera de los casos corresponde a quien sostiene haber sufrido un daño la carga de probar el daño, su cuantía y el nexo causal que debe existir entre la conducta antijurídica y el daño sufrido.
- 3.3. Respecto del lucro cesante que solicita el demandante, no es posible atribuirle a este concepto la sobreutilización de otros grupos electrógenos, debido a que, como se ha señalado en el primer párrafo, el lucro cesante corresponde al enriquecimiento frustrado como serían los ingresos no percibidos. Sin embargo, la sobreutilización es un empobrecimiento del patrimonio que debió ser solicitado dentro del daño emergente.
- 3.4. Por otro lado y sin perjuicio de lo anterior, el demandante tampoco ha cumplido con su deber de acreditar de manera suficiente los daños demandados por este concepto de tal manera que generen certeza en el juzgador.
- 3.5. Cabe mencionar que, según la estimación presentada por ELSE en la subsanación de la demanda el lucro cesante estaría configurado además por las paradas de emergencia, debido a que es energía que debió vender si es que FESER le hubiera entregado el bien correcto, de acuerdo al siguiente cuadro:

Tiempo de Indisponibilidad	Demanda diaria de energía	Generación de energía por hora	Energía no vendida	Utilidad por venta de energía	Total
142 horas	6720 KW-h	280	39760	0.2349 S./Kw-h	9,339.62

- 3.6. En tal sentido, no es posible amparar esta pretensión indemnizatoria en cuanto al lucro cesante por no haberse acreditado suficientemente dichos daños.
- 3.7. Respecto al daño emergente cabe remitirnos a los medios probatorios ofrecidos en la subsanación de la demanda, los cuales especificamos a continuación.

Orden de Compra o Servicio	Monto
O. Compra N° 000080	S/. 10,377.34
O. Servicio N° 000123	S/. 4,484.00
O. Servicio N° 000201	S/. 5,857.38
O. Servicio N° 000200	S/. 4,484.00
O. Compra N° 000081	S/. 10,288.72
O. Compra N° 000123	S/. 8,327.26
Total:	S/. 43,818.70

- 3.8. Como se puede apreciar de estos documentos, en ellos no se señala en forma clara que los bienes y servicios adquiridos correspondan al grupo electrógeno materia del presente proceso.

- 3.9. Por otro lado, con estos documentos no se acredita que la adquisición de los bienes y servicios adquiridos guarden relación con el vicio oculto denunciado referido a las distintas características del bien entregado, o que por el contrario correspondan a servicios o gastos ordinarios de todo grupo electrógeno.
 - 3.10. Por lo tanto, no habiendo la parte demandante cumplido con acreditar los daños y perjuicios cuya indemnización solicita de manera suficiente de forma tal que genere convicción en el Árbitro Único, corresponde declarar infundada esta pretensión.
4. **SOBRE EL CUARTO PUNTO CONTROVERTIDO Y SEGUNDA PRETENSION ACUMULATIVA, ORIGINARIA Y ACCESORIA A LA PRETENCION PRINCIPAL DE LA DEMANDA**
- Determinar si corresponde que el contratista cumpla con pagar los costos y costas derivado del presente arbitraje.*
- 4.1. De conformidad con el artículo 69º de la Ley de Arbitraje, Decreto Legislativo N° 1071, no habiéndose pactado en el Contrato al respecto de los costos del arbitraje, cabe remitirnos al Reglamento del OSCE que le otorga al Árbitro la facultad de definir la interiorización de los costos arbitrales, salvo pacto en contrario.
 - 4.2. Por las consideraciones expuestas, el Árbitro Único concluye que ambas partes han tenido razones justificadas para litigar por lo que corresponde que cada una asuma los gastos arbitrales en que hayan incurrido y en consecuencia se debe declarar infundada esta pretensión.

POR TALES CONSIDERACIONES, EL ÁRBITRO ÚNICO

LAUDA

PRIMERO: Declarar **INFUNDADA** la excepción de incompetencia propuesta por la parte demandada y en consecuencia el Árbitro Único se declara competente para resolver el fondo de esta controversia.

SEGUNDO: Declarar **FUNDADA** la pretensión principal. En consecuencia FESER deberá entregar un nuevo bien de acuerdo con todos los términos y condiciones del contrato N° 159-2010, en el plazo de setenta y nueve (79) días calendario. Por su parte ELSE deberá devolver el bien que recibió en el plazo máximo de diez (10) días luego de la recepción formal, instalación y funcionamiento del nuevo grupo electrógeno a ser entregado. Esta devolución se hará en el mismo lugar en el que se entregó el primer grupo electrógeno.

TERCERO: Declarar **IMPROCEDENTE** la pretensión alternativa a la pretensión principal, referida a la devolución del dinero pagado.

CUARTO: Declarar **INFUNDADA** la primera pretensión acumulativa, originaria y accesoria a la pretensión principal, referida a los daños y perjuicios demandados.

QUINTO: Declarar **INFUNDADA** la segunda pretensión acumulativa, originaria y accesoria a la pretensión principal. En consecuencia cada parte deberá asumir sus gastos arbitrales.



GUSTAVO DE VINATEA BELLATÍN
ÁRBITRO ÚNICO



ANTONIO CORRALES GONZALES
Director de Arbitraje Administrativo