

Resolución Nº 30

Lima, 15 de diciembre del 2015

El Arbitro Único, luego de haber realizado las actuaciones arbitrales de conformidad con la Ley y las normas establecidas por las partes, escuchados los argumentos sometidos a su consideración y deliberado en torno a las pretensiones planteadas en la demanda presentada con fecha 04 de Septiembre del 2012, dicta el siguiente laudo para poner fin, por decisión de las partes, a la controversia planteada:

I. EXISTENCIA DEL CONVENIO ARBITRAL, DESIGNACIÓN E INSTALACIÓN DE TRIBUNAL ARBITRAL

- 1.1 **El Convenio Arbitral.**- Está contenido en la cláusula Décimo novena del Contrato Nº 838-2007-GG-EPS SEDACUSCO S.A. de Ejecución de Obra "Estaciones de Bombeo Qoripata-Picchu" que celebran de una parte LA **ENTIDAD PRESTADORA DE SERVICIOS DE SANEAMIENTO SEDA CUSCO S.A.** con RUC. Nro. 201366353315, con domicilio legal en la Plaza San Francisco Nº 332-336 del distrito, provincia y departamento de CUSCO, en adelante se le denominará **EPS. SEDACUSCO S.A.** y de otra parte el **CONSORCIO PICCHU**, con domicilio en Prolongación Javier Prado Mz. Z-1, Urbanización Los Portales de Javier Prado 3era. Etapa, distrito de Ate Vitarte, provincia y departamento de Lima, representado por Don Fortunato José Vitor Benavente, con DNI. Nº 10587365, denominado para estos efectos como **EL CONSORCIO o EL CONTRATISTA**, en dicho contrato se pactó someter a arbitraje sus controversias derivadas del mencionado contrato.
- 1.2 **Instalación del Tribunal Arbitral.** Con fecha 27 de Setiembre del 2012, a horas 6.00 p.m. se realizó la Audiencia de Instalación del **TRIBUNAL ARBITRAL** constituido por el Árbitro Único José Talavera Herrera y con la asistencia de:

Señora Fabiola Paulet Monteagudo Directora de Arbitraje Administrativo de OSCE. **CONSORCIO PICCHU** (en adelante el DEMANDANTE), debidamente representado por el señor Guimo Pascual Montoya Concha, identificado con DNI Nº 23842821, según escrito que presenta y obra en el expediente.

E.P.S. SEDACUSCO (en adelante la DEMANDADA) debidamente representada por Alfredo Américo Riveros Ríos, identificado con DNI Nº 23850089 y con Registro del Colegio de Abogados de Cusco Nº 1439, según poder que obra en el expediente.

En dicho acto, se establecieron las reglas del arbitraje.

II. NORMATIVIDAD APLICABLE AL PROCESO ARBITRAL

Conforme a lo establecido en el acta de instalación, son de aplicación al presente proceso arbitral, las fijadas en la Audiencia de Instalación y el Reglamento de OSCE y, en forma supletoria, el Decreto Legislativo Nº 1071 que norma el arbitraje. Se estableció que, en caso de discrepancias de interpretación o insuficiencia de tales reglas, el Tribunal Arbitral resolvería en forma definitiva del modo que considere apropiado.

III. DE LA DEMANDA ARBITRAL PRESENTADA POR EL CONSORCIO PICCHU.

- 3.1 Mediante escrito de fecha 04 de Septiembre del año 2012, dentro del plazo conferido en el Acta de Instalación, el demandante **CONSORCIO PICCHU**, presentó su demanda arbitral, ofreciendo los medios probatorios que apoyan su posición.
- 3.2 En el mencionado escrito, propone las siguientes pretensiones:
 - 1) Se deje sin efecto la Resolución de contrato recaída en la Carta Notarial Nº 107-2010-GG.EPS.SEDACUSCO S.A., recepcionada por el Consorcio Picchu el 08.02.10, mediante la cual indican un desbalance físico, técnico y financiero en la ejecución de la obra.
 - 2) Se nos cancele las 05 valorizaciones que nos tenía pendiente la entidad al momento de la resolución del contrato, con sus respectivos intereses legales.

- 3) Se nos restituya el monto tal de la Carta Fianza de fiel Cumplimiento, ejecutada por la entidad de forma irregular.
- 4) Que solicitamos una indemnización de S/. 300,000.00 (Trescientos mil nuevos soles) por los daños ocasionados como consecuencia de la resolución del contrato.
- 5) Que solicitamos el Reconocimiento de Nuestros Mayores Gastos Generales.
- 6) Que solicitamos la restitución de los respectivos gastos.

905

Al absolver la demanda la parte demandada mediante escrito de fecha 15 de Noviembre del año 2012, reconviene y propone las siguientes pretensiones en vía de Reconvención:

1. **DEVOLUCIÓN DE PAGO INDEBIDO O EN EXCESO DE LA SUMA DE S/. 21,980.95 (VEINTIUN MIL NOVECIENTOS OCHENTA CON 95/100 nuevos soles), MÁS INTERESES LEGALES, A FAVOR DE LA EPS SEDACUSCO S.A.**
2. **PAGO DE LA PENALIDAD POR MORA EN LA EJECUCIÓN DE LA PRESTACIÓN, POR CADA DÍA DE RETRASO, HASTA POR UN MONTO EQUIVALENTE DEL 10% DEL MONTO CONTRACTUAL, QUE ASCIENDE A LA SUMA DE S/. 145,955.63 NUEVOS SOLES, A FAVOR DE LA EPS SEDACUSCO S.A., CONFORME SE ACREDITA EN LOS CÁLCULOS EFECTUADOS EN EL FOLIO 64 DEL EXPEDIENTE DE LIQUIDACIÓN.**
3. **INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS POR EL LUCRO CESANTE Y DAÑO EMERGENTE, POR UN MONTO DE S/. 600,000 (SEISCIENTOS MIL NUEVOS SOLES), A FAVOR DE LA EPS SEDACUSCO S.A.**
4. **PAGO DE COSTOS Y COSTAS**

1- VISTOS:

Los antecedentes relacionados con la controversia surgida entre el **CONSORCIO PICCHU** (en adelante el demandante) y **E.P.S. SEDACUSCO** (en adelante la Demandada), con relación al Contrato N° 838-2007-GG-EPS SEDACUSCO S.A. Ejecución de Obra "Estaciones de Bombeo Qoripata- Picchu" que celebran de una parte **LA ENTIDAD PRESTADORA DE SERVICIOS DE SANEAMIENTO SEDACUSCO S.A.** con RUC. Nro. 201366353315.

En virtud a ello se procedió por parte del OSCE a designar como Árbitro Único, recayendo la misma en el Abogado José Talavera Herrera.

Con fecha 27 de Setiembre del 2012, se celebró la Audiencia de Instalación de Árbitro Único, habiendo las partes declarado que la designación del Árbitro Único se había hecho conforme a lo pactado en el Convenio Arbitral, estableciéndose la sede y las reglas del procedimiento, asimismo, se determinaron los honorarios correspondientes al Árbitro y Secretaría, así como los gastos de administración. Como ya se dijo por escrito presentado con fecha 04 de Setiembre del 2012, el demandante **CONSORCIO PICCHU** (en adelante, el **DEMANDANTE**) procedió a presentar su Demanda Arbitral; Con fecha 15 de Noviembre del 2012, se contestó la Demanda y con fecha 10 de Julio del 2013, se celebró la Audiencia Única de Fijación de Puntos Controvertidos y admisión de pruebas, habiendo actuado las pruebas admitidas y ofrecidas por las partes, el Tribunal Arbitral resolvió cerrar la etapa probatoria y otorgar a las partes plazo para sus Alegatos e Informes Orales, luego de lo cual se procedió a fijar el plazo para laudar, dentro los (30) días de notificada dicha resolución.

2- NATURALEZA DEL ARBITRAJE

De acuerdo al Convenio Arbitral establecido en la cláusula Décimo Novena del Contrato Nº , artículo 53º del Texto Único Ordenado de la Ley Nº 26850 aprobado por el Decreto Supremo Nº 838- 2007-GG-EPS SEDACUSCO S.A. que establece que el arbitraje será de aplicación en la solución de controversias surgidas en el Contrato antes señalado, el presente arbitraje es uno Nacional y de Derecho.

3- LOS FUNDAMENTOS DE HECHO y DE DERECHO DE LA DEMANDA INTERPUESTA POR CONSORCIO PICCHU

3.1 FUNDAMENTOS DE HECHO

1. Que con fecha 06 de Noviembre del 2007, la entidad y el Consorcio Picchu suscribieron el Contrato Nº 747-2007-GG.EPS-SEDACUSCO S.A. , asimismo mediante Carta Notarial Nº 024-2008/CP de fecha 26 de Mayo del 2008, el Consorcio Picchu solicita a la entidad el pago de 03 Valorizaciones, de otro lado en la misma cara se indica que el adeudo de las

906

tres valorizaciones no permite un normal avance de la obra, a parte de los perjuicios económicos que generaban al Consorcio.

2. Que con fecha 23 de Julio del 2008 y mediante Carta Notarial Nº 029-2008/CP, el Consorcio Picchu solicita a la entidad el pago ya no de 03 valorizaciones si no de 05 valorizaciones, lo que devenía en un incumplimiento contractual ocasionado por la entidad debido al no pago de las valorizaciones lo que no permitía que el Consorcio Picchu desarrollo de forma normal y permanente su trabajo, que sin perjuicio de ello el Consorcio Picchu, hizo los esfuerzos necesarios, para continuar con la obra, pese a que aún estaban pendiente al pago de 05 Valorizaciones, estos hechos afectaron el desarrollo de obra y por ende se vio afectado el cronograma de avance de obra representado por el Consorcio Picchu.
3. El Consorcio Picchu con fecha 14 de Abril del 2009, entrega la carta fianza Nº 68-01000835-02, mediante la cual MAPFRE PERÚ otorga fianza irrevocable, solidaria, incondicionada de realización automática y sin beneficio de excusión a favor de SEDACUSCO por la suma de S/. 132,048.61 para la Ejecución de la Obra "Captación Río Mapacho- Construcción prefiltro Puyucalla – Construcción Línea de Impulsión – construcción Reservorio de 400 m3.

Que con fecha 28 de Octubre del 2010 el Consorcio Picchu cumple que renovar su carta fianza de fiel cumplimiento signada con el Nº 68-01000835-05, a favor de la entidad SEDACUSCO.

Entonces Señor Presidente siendo esto así, no es correcto lo que afirma la entidad SEDACUSCO, cuando indica que el Consorcio Picchu no ha cumplido con renovar la Carta Fianza de Fiel Cumplimiento, más aún si con fecha **22 de Octubre del 2010 MAPFRE PERÚ, mediante carta Notarial SG/CA-1336-2010, en la cual nos indican QUE HAN SIDO REQUERIDOS PARA EL PAGO DE LA GARANTÍA DE FIEL CUMPLIMIENTO EMITIDA A FAVOR DE SEDACUSCO**, con esto queda demostrado que el Consorcio Picchu siempre ha tenido renovada su carta fianza de fiel cumplimiento, dicho esto queda desvirtuada la posición de la entidad que indica que una de las causales de la resolución del contrato fue la no renovación de nuestra carta fianza de fiel cumplimiento. La entidad sigue deviniendo en error doloso al indicar que la Carta Fianza de Fiel cumplimiento no ha sido renovada,

cuando esta Garantía de Fiel Cumplimiento ya ha sido ejecutada por parte de la entidad, tal como se acredita con el recibo de MAPFRE PERU de fecha 25.11.10, en donde indican que han recibido de MAPFRE PERU la cantidad total de S/. 132,048.61 (Ciento treinta y dos mil cuarenta y ocho y 61/100 Nuevos Soles) que se descompone de la Carta Fianza Nº 68-010000835-05.

4. Que con respecto a las valorizaciones impagadas esto ha sido motivo para que el Consorcio Picchu se vea en la necesidad de paralizar la obra debido a los incumplimientos de la entidad, ya que se vio afectado económicamente más aún si tenemos en cuenta que las Valorizaciones son pagos a cuenta y son esenciales para la continuidad de una Obra tanto física como económica. Que el art. 255 del Reglamento de Contrataciones y Adquisiciones del Estado establece que *"(...) el plazo máximo de aprobación por el inspector o el supervisor de las valorizaciones y su remisión a la entidad para períodos mensuales es de cinco días (05), contados a partir del primer día hábil del mes siguiente al de la valorización respectiva y será cancelada por la entidad en fecha no posterior al último día de tal mes. A partir del vencimiento del plazo establecido para el pago de estas valorizaciones, por razones IMPUTABLES A LA ENTIDAD EL CONTRATISTA TENDRÁ DERECHO AL RECONOCIMIENTO DE LOS INTERESES PACTADOS EN EL CONTRATO Y EN SU DEFECTO AL INTERES LEGAL DE CONFORMIDAD CON LOS ARTICULOS 1244, 1245 y 1246 DEL CÓDIGO CIVIL."*
5. Que con respecto al Informe Nº 464-2010-OADL-EPS-SEDACUSCO, en el cual se hace referencia a la carta fianza emitida por la Cooperativa de Ahorro y Crédito Fianzas y Garantías L.T.D.A. y que como conclusiones tienes que la Carta Fianza y Garantías L.T.D.A y que como conclusiones tienes que la carta fianza es inexacta o falsa y sugiere que se nos inicie un proceso sancionador, dicha afirmación también es errónea, ya que la carta fianza de la Cooperativa Ahorro y Crédito Fianzas y Garantía LTDA, es legítima y no constituye un documento falso.
6. Que con respecto al avance de obra que la entidad señala que según ellos es de un 25.33%, nosotros consideramos que dicho avance supera ampliamente el 50% razón por la

cual solicitamos al Tribunal, se designe un perito técnico a fin de que determine el avance real de obra.

907

3.2 FUNDAMENTOS DE DERECHO

Se ampara en lo siguiente:

- Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado aprobado por decreto supremo Nº 083-2004-PCM.
- Ley Nº 27444
- Ley de Arbitraje.

4. FUNDAMENTOS DE LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA POR PARTE DE LA EPS SEDACUSCO S.A.

Al contestar la demanda la Entidad solicita que la demanda acumulada sea declarada INFUNDADA, por las siguientes razones:

PORQUE, la pretensión de dejar sin efecto la resolución de contrato recaída en la Carta Notarial Nº 376-2010-GG-EPS SEDACUSCO, no tiene ningún sustento técnico-jurídico.

- D*
- a) Que, en efecto, el **Art. 224º del Reglamento** de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado aprobado por D.S. Nº 084-2004-PCM-aplicable al caso de autos por el principio de temporalidad de Ley en el tiempo- precisa que *“cualquiera de las partes o ambas, pueden poner fin al contrato por un hecho sobreviviente a la suscripción, siempre que está previsto en las Bases, en el contrato o en el Reglamento”*.
 - b) Que, en el caso de autos, específicamente en el Contrato Nº 838-2007-GG-EPS SEDACUSCO S.A. de fecha 09 de Noviembre de 2007, celebrado entre la EPS SEDACUSCO S.A. y el Consorcio Picchu, en las **CLAUSULAS DECIMO PRIMERA, CLAUSULA DECIMO QUINTA Y CLAUSULA DECIMO OCTAVA**, ambas partes, hemos pactado las causales por las que se resuelve el contrato.
 - c) Que, en efecto, en la **CLAUSULA DECIMO QUINTA**, se ha acordado la aplicación de penalidades en caso de retraso injustificado de las obligaciones contractuales de parte del

contratista en la ejecución de la obra, es decir, penalidades por mora por cada día de atraso hasta por un monto del 10% del monto contractual.

- d) Que, asimismo, en **LA CLAUSULA DECIMO OCTAVA** se ha previsto las sanciones al contratista por incumplimiento del Contrato, estableciendo el procedimiento para la **RESOLUCIÓN DEL CONTRATO**.
- e) Que, si esto es así, **la CARTA NOTARIAL N° 376-2010-GG-EPS SEDACUSCO S.A. de fecha 13 de octubre de 2010, que RESUELVE EL CONTRATO, es legal**, habida cuenta que, la resolución se debe:
 - Al incumplimiento de las obligaciones contractuales por el contratista.
 - Por haber acumulado el monto máximo de la penalidad por mora en la ejecución de la prestación de parte del contratista.
- f) Que, si esto es así, está probado que el contratista ha incurrido en las causales de resolución del contrato, previsto en el contrato y en el **Art. 224º y 225º del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, concordante con el Art. 45º del TUO de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado aprobado por D.S. N° 083-2004-PCM**.
- g) Que, en conclusión, en este extremo está acreditado que la resolución del contrato está ajustada a Ley y no de manera arbitraria.
- h) **RESOLUCIÓN DEL CONTRATO DE OBRA POR HABER ACUMULADO UNA PENALIDAD POR CADA DÍA DE ATRASO HASTA POR UN MONTO MÁXIMO EQUIVALENTE AL 10% DEL MONTO CONTRACTUAL.**

Que, en efecto, de acuerdo con el **CUADERNO DE OBRA, FOLIO 30, ASIENTO N° 490, del 23 febrero 2010** del ING. SUPERVISOR HECTOR ADOLFO HUAYHUA VÁSQUEZ, se registra y hace constar lo siguiente:

“se cursó la Carta 004-HHV-EBC-SEDACUSCO, información a la Gerencia de Obras la finalización del plazo de obra incumplimiento lo pactado, la Gerencia refiere que el plazo final es el 23 de febrero por vencerse ahí la Carta Notarial cursada al Contratista”.

“En vista que la entidad continúa dando plazos para entrega y ésta como consta no está concluida, por lo que aunque se energice no se puede realizar las pruebas hidráulicas por no existir Manómetro, no se ha culminado la impermeabilización del Reservorio, no se ha instalado el medidor de caudal a la salida de la tubería de impulsión ni su caja de registro, el techo monorriel no se ha instalado,...., no se ha realizado ninguna prueba a las bombas ni a sus motores, no se ha realizado pruebas de funcionamiento pisos y acabados en la Subestación, además el expediente de replanteo para realizar los deductivos conforme a la modalidad de ejecución de obra, en repuesta al asiento 491 de la resistencia. La demora de obra es entonces responsabilidad del contratista por no realizar el pago por concepto de medidor aunque ya se les ha contestado mediante carta que está considerado el pago del concepto, ninguna observación ha sido levantada además de las que faltan concluir. No existe ningún acta de acuerdos con la entidad, la supervisión en vista del abandono de Obra que realiza el contratista y una falta de resolución del contrato no se responsabiliza de los bienes de obra que quedan, así como del deterioro que pueden sufrir los equipos hasta que se defina la situación de la obra”.

 **PORQUE**, la pretensión de que se le cancele las valorizaciones pendientes con sus intereses, no tiene ningún asidero legal, toda vez que el avance real valorizado en el Expediente de Liquidación Técnico Financiero de la Obra Estación de Bombeo Qoripata Picchu, se tiene que la ejecución física sólo alcanza al 77.69% por un monto real de S/. 952.835.08; VERSUS la ejecución financiera de la obra equivalente a S/. 1'360,633.89 nuevos soles, que se le canceló al Contratista por concepto de adelanto de materiales más 10 Valorizaciones.

Que, en efecto, al Contratista se le ha otorgado de acuerdo a la **CLAUSULA QUINTA del contrato** por concepto de **ADELANTO DE MATERIALES LA SUMA** equivale al 40% del monto contractual y el pago de la **PRIMERA** a la **DECIMA VALORIZACIÓN**, que sumadas ambas hacen un total de S/. 1'360,633.89 nuevos soles.

PORQUE, las pretensiones acumuladas de Indemnización de S/. 600,000.00 por los daños ocasionados, más gastos, costas y costos del proceso, también debe ser declarada INFUNDADA, toda vez que, corre la misma suerte del principal.

Que, finalmente en el caso de autos, debe tomarse en cuenta lo dispuesto por el **Art. 3º Numeral 1) del TUO de la ICAE**, toda vez que los procesos de contratación regulados por esta norma y su Reglamento se rige por el **PRINCIPIO DE MORALIDAD, SIN PERJUICIO DE LA APLICACIÓN DE OTROS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO ADMINISTRATIVO Y DEL DERECHO COMÚN**, cuanto dice:

“Los actos referidos a los procesos de contratación de las Entidades estarán sujetos a las reglas de honradez, veracidad, intangibilidad, justicia y probidad”.

Quiere decir, esto que los procesos de contratación además también se rigen por otros principios generales del derecho común, como **EL PRINCIPIO DE BUENA FE**.

Que, en doctrina, la BUENA FE, es un principio general del Derecho, consistente en el estado mental de honradez, de convicción en cuanto a la verdad o exactitud de un asunto, hecho u opinión, título de propiedad, o la rectitud de una conducta. Ella exige una conducta recta u honesta en relación con las partes interesadas en un acto, contrato o proceso. Llamado también en ocasiones de PRINCIPIO DE PROBIDAD.

Que, en el caso de autos, es evidente y notorio, que el CONSORCIO PICCHU ha violado el principio de buena fe, por su actuar dentro del proceso de ejecución del contrato de obra, de manera temeraria, habida cuenta que pretende sorprender haciendo alegaciones incoherentes, contradictorias, incongruentes y de muy MALA FE, cuando sostiene que la ejecución de la obra se ha visto afectada por la falta de Energización, cuando en el fondo su actuar omisivo y negligente ha generado los retrasos e incumplimientos en el avance de la obra que ha motivado que mi representada le resuelva el Contrato por causa justa y legal como está probado en autos.

Asimismo solicita se considere como fundamento lo siguiente según reseña en su escrito de contestación a la Demanda y Reconvención:

CUESTIONES PRELIMINARES

A).- Que, la EPS SEDACUSCO S.A. el 09 de noviembre de 2007, firmó el Contrato Nº 838-2007-GG-EPS SEDACUSCO S.A., con el Consorcio Picchu representado por el Ing. FORTUNATO JOSÉ VITOR

BENAVENTE, para la ejecución de la Obra a suma alzada denominada "Estaciones de Bombeo Qoripata – Picchu", de conformidad con las Bases Administrativas de PSA Licitación Pública N° 03-2007-EPS SEDACUSCO S.A., el Expediente Técnico de la Obra, la propuesta Técnica y Económica del Contratista y Bases del proceso de selección, por el monto de UN MILLÓN CUATROCIENTOS CINCUENTA Y NUEVE MIL QUINIENTOS CINCUENTA Y SEIS CON 34/100 NUEVOS SOLES (S/. 1'459,556.34) incluido los impuestos de ley; bajo las siguientes condiciones:

- a.1) Entrega de Adelantos Directos hasta el 20% y para materiales e insumos hasta el 40%, de acuerdo con el Art. 39º del TUO de la ICAE y los Art. 243º, 244º, 245º y 246º del Reglamento.
- a.2) Plazo de ejecución: 95 días calendario, sujeto a prórroga, quedando impedido de solicitarlo después de vencido el plazo de ejecución vigente (Cláusula Octava).
- a.3) Garantía de fiel cumplimiento 10%. La EPS SEDACUSCO S.A. está facultada a ejecutar la garantía de fiel cumplimiento cuando se verifique el incumplimiento de las obligaciones contractuales del contratista, cuando éste no cumpla con renovarla o cuando se verifiquen las causales establecidas en ley.
- a.4) Penalidades por mora; por cada día de atraso hasta por un monto del 10% de acuerdo con el Art. 222º del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adq.
- a.5) Conclusión de la Obra: 17 de junio de 2008.
- a.6) Resolución del contrato previo requerimiento de 05 días naturales, para que subsane el incumplimiento de las obligaciones contractuales y mediante carta notarial.

PRONUNCIAMIENTO RESPECTO DE CADA UNO DE LOS HECHOS EXPUESTOS EN LA DEMANDA

PRIMERO.-

Que, el actor, en el Numeral 2) de su demanda refiere que: "de acuerdo a las condiciones contractuales se tenía que probar los equipos electromecánicos para realizar los ajustes finales y poder hacer entrega de la obra, lo cual no se pudo realizar por falta de energización debido a que el contratista no puede solicitar la colocación del medidor por cuanto este pedido solo lo puede realizar SEDACUSCO".

Esta afirmación resulta falsa pues solo busca eludir su actuar negligente que generó el retraso reiterado en el avance de la obra e inclusive el irregular e injustificado abandono de la misma, debido a que por un lado de acuerdo a la Cláusula Decimosexta del Contrato, referente a la

Recepción de Obra textualmente precisa que: "La responsabilidad del CONTRATISTA, solo podrá ser liberada mediante la suscripción por ambas partes del ACTA DE RECEPCIÓN final, la que surtirá todos sus efectos cuando se encuentre debidamente suscrita por la EPS SEDACUSCO S.A. como por el CONTRATISTA.

Mientras no se suscriba dicho documento el CONTRATISTA queda obligado a subsanar cualquier observación o deficiencia que se le comunique y a continuar sometido a las consideraciones del presente contrato".

Es por ello que no tiene sustento contractual la afirmación que la prueba de los equipos electromecánicos debía correr a cargo de la EPS SEDACUSCO S.A.

Cabe aclarar que en el supuesto que dicha prueba corriera a cargo de mi representada, la misma en las condiciones en que se produjo el abandono de la obra por el Contratista, era materialmente imposible hacerla debido a una serie de fallas y faltantes incurridos por el Consorcio Picchu en la ejecución deficiente e inconclusa de la obra; que dicho sea de paso constan en el Acta de Constatación Notarial Física e Inventario efectuada en fecha 03/diciembre/2010, por Notario Público.

El actuar negligente y omisivo del Contratista se describe y demuestra documentadamente de la siguiente manera:

- 09 de noviembre de 2007, firma del contrato
- 28 de noviembre de 2007, entrega del terreno al contratista
- 29 de noviembre de 2007, inicio contractual de la obra
- 03 de diciembre de 2007, inicio real de la obra

Obra que se inició y que en el transcurso del año 2009 sufrió retrasos y paralizaciones por las que el Consorcio Picchu pedía ampliaciones de plazo, hasta que:

1. En fecha 16/enero/2009, ante la paralización de la obra se suscribe entre ambas partes un Acta de Compromiso, por la cual mi representada la EPS SEDACUSCO S.A., se compromete a hacer entrega el día 20/enero/2009, de los cheques por concepto de valorizaciones pendientes por un monto de S/. 310,276.69, ante lo que el Consorcio PICCHU, se comprometió a reanudar la obra a más tardar el 26/enero/2009.

- 910
2. A pesar de ello el Actor si bien cobró oportunamente las referidas valorizaciones , no cumplió con reanudar los trabajos, siendo que mediante Carta Notarial Nº 40-2009-GG-EPS SEDACUSCO S.A., de fecha 02/abril/2009, se le requirió el reinicio de la obra en un plazo de 05 días, así como la renovación de las Cartas Fianzas por concepto de garantía de fiel cumplimiento y Garantía por Adelanto de materiales.
 3. Más adelante mediante Carta Notarial Nº 440-2009-GG-EPS-SEDACUSCO S.A., de fecha 18/junio/2009, se le requirió que subsane observaciones, referentes a omisiones a lo dispuesto en el Expediente Técnico, como eran de que el Contratista no consideró la instalación de un Variador para el arranque de cada bomba, proponiendo solo uno con un sistema alternado de funcionamiento, sin considerar aspectos de mantenimiento o deterioro del mismo; igualmente se le requirió su omisión de no alcanzar ninguna especificación técnica de los cables a ser utilizados en su metrado para media y baja tensión; además que en el estudio de carga no existían las corrientes y tiempos al momento del arranque; de igual modo que no alcanzaba los planos de disposición definitiva de equipos de los sistemas propuestos, con respecto a los cálculos de corrientes para el correcto funcionamiento que garanticen un dimensionamiento que evite fatigas a los elementos de operación y protección del proyecto; por lo que se le otorgó el plazo de 15 días para subsanar dichas observaciones, al amparo de lo dispuesto en la Cláusula Sexta (Observación del Expediente Técnico) y la Cláusula Décimo Octava (De las sanciones al Contratista), del Contrato.
 4. A pesar de ello, el Contratista, no levantó dichas observaciones lo que motivó que se le reitere el cumplimiento de las mismas mediante Carta Notarial Nº 145-2009-GG-EPS SEDACUSCCO S.A., de fecha 13/agosto/2009.}
 5. Posteriormente mediante Carta Notarial Nº 197-2009-GG-EPS SEDACUSCO S.A., de fecha 17/agosto/2009, se le requiere al Contratista el cumplimiento de obligaciones, toda vez que en dicha fecha y efectuado el cálculo del avance de la obra, ésta al 12/agosto/2009, tenía un retraso de 195 días, por lo que se le otorgaba un plazo de 05 días para que cumpla con sus obligaciones.

6. Igualmente mediante Carta Notarial Nº 05-2010-GG-EPS SEDACUSCO S.A., de fecha 12/enero/2010, se le requirió que subsane filtraciones, que se habían presentado durante la ejecución de la obra tanto en la Cámara de Bombas como en la Cámara de Control de Limpia y Rebose, implementando para dicho efecto las pruebas de hermeticidad de la cisterna de succión; así como las pruebas del sistema eléctrico en coordinación con ELECTRO SUR ESTE S.A., otorgándole un plazo de 48 horas para su subsanación.
7. Lo expuesto señalan, sirve para demostrar que los retrasos en la obra todos atribuibles a la parte actora, además que ésta al momento de la Resolución del Contrato no se hallaba "casi" concluida como pretende hacer consentir el demandante, pues como se expondrá más adelante, cuando se intentó hacer la prueba eléctrica se evidenció que existían muchos faltantes e inclusive piezas fundamentales y necesarias habían sido sustraídas por el Consorcio antes de la paralización, conforme se demuestra en las Actas de Constatación efectuadas por Notario Público que dan cuenta del estado real en que se produjo el abandono de la obra.

SEGUNDO.-

Que, el actor, en el segundo párrafo del Numeral 2) de su demanda, refiere que "En fecha 28/octubre/2010, el Consorcio Picchu cumple con renovar su carta fianza de fiel cumplimiento signada con el Nº 68-01000835-05, a favor de la entidad SEDACUSCO..."

Sobre el particular, resulta oportuno hacer de su conocimiento que el Consorcio Picchu, remitió dos cartas fianzas emitidas por la Cooperativa de Ahorro y Créditos Fianzas y Garantías Ltda. (por adelanto de materiales y por fiel cumplimiento respectivamente) que a continuación se detallan:

Carta Fianza Nº 01-10-2009-AM/CACFG, por el monto de S/. 583,822.54 (Adelanto de Materiales).

Carta Fianza Nº 01-10-2009-FC/CACFG, por el monto de S/. 145,955.63 (Fiel Cumplimiento).

Es de notar que al ser solicitadas su ejecución no fueron honradas por la referida entidad financiera pudiéndose evidenciar que el proceder del Consorcio Picchu fue de mal fe con la intención de sorprender a la EPS SEDACUSCO S.A., al garantizar sus obligaciones mediante entidades financieras nada serias, lo que denota su intención de apropiarse indebidamente del adelanto de materiales y causar perjuicio económico a mi representada la EPS SEDACUSCO S.A., lo

que inclusive ha merecido nuestra denuncia ante el OSCE, y a la fecha viene tramitándose en proceso.

911

TERCERO.-

Que, el acto, en el Numeral 3) de su demanda, refiere que "Mediante Carta Notarial Nº 020-2010/C.PICCHU, notifica a la entidad respecto a que la obra se encuentra lista para su recepción indicando que si bien es cierto la obra presenta un ligero atraso es por causa imputable a ellos ya que la obra se encuentra en condiciones de ser entregada y recepcionada únicamente faltaba contar con los permisos que debía emitir la empresa Electro Sur, permisos que debieron ser considerados por la entidad, fue este el motivo que generó el atraso de la obra".

a).- Sobre este punto que el demandante pretende sea interpretado a su favor como justificación a su inacción y retrasos debo referir que no se ajusta a la verdad, toda vez que, aparte de las notificaciones notariales expuestas precedentemente que demuestran la irresponsabilidad del Consorcio Picchu, lo que reitero se ratifica y demuestra con las Actas de Constatación Física e Inventory, realizadas por Notario Público, una vez producida la resolución del Contrato, además del propio tenor de Contrato contenido en la Cláusula Décimo sexta del mismo, que no fue observado en el Contratista.

Este aspecto se evidencia más cuando al 02/febrero/2010, el Consorcio Picchu, con un proceder no ajustado a las condiciones contractuales y a sus obligaciones contractuales y a sus obligaciones principales generó un desbalance en la obra, la que se encontraba ejecutada físicamente en menor proporción a la ejecución financiera, con el subsecuente perjuicio económico a mi representada.

b).- Siendo así, la obra si bien se encontraba con avance, faltaba la ejecución de partidas importantes como las Pruebas de Operación y Eléctrica, así como la ejecución de empalmes, instalación de accesorios y otros.

Es precisamente respecto a la Ejecución de las Pruebas Eléctricas, y como es de pleno conocimiento del demandante que se le vino reiteradamente solicitando la Ejecución de Pruebas de Pre-operación Eléctrica de la Obra ejecutada, requerimientos que se le hizo tanto por cartas

notariales, como por Actas de Compromiso, suscritas con la Gerencia General; sin embargo y a pesar de ello, el Consorcio Picchu, siempre hizo caso omiso a dichos requerimientos, manteniéndose en todo momento renuente al cumplimiento de sus obligaciones contractuales.

Prueba de ello es que al evidenciarse la ejecución defectuosa de la obra a dicha fecha la Prueba Hidrostática realizada en la Cisterna de Succión, presentó serias filtraciones en el cuerpo de la estructura, lo cual constituye incumplimiento grave de las Condiciones Técnicas de Ejecución de Obra; lo que ameritó se le cursara notificaciones al Consorcio Picchu a efectos de que subsane dichas deficiencias técnicas y se prepare nuevamente la Prueba Hidrostática, hecho que a esa fecha tampoco fue cumplido.

Igualmente la instalación de Líneas de Aducción a la Cámara de Succión, se encontraba inconclusa a pesar de que reiteradamente al Contratista se le hizo notar de dicha deficiencia y retraso contractual, obteniendo solo y únicamente respuestas evasivas y resistencia reiterada al cumplimiento cabal y adecuado de la obra, conforme se aprecia en el registro fotográfico contenido en la Carta Notarial Nº 008.2010.GG.EPS SEDACUSCO S.A., de fecha 02/febrero/2010, que también se alcanza como prueba, por contener información detallada y precisa del estado de la obra a esa fecha con los requerimientos de cumplimiento al Consorcio Picchu.

A pesar de ello el Consorcio Picchu, continuó incumpliendo sus obligaciones contenidas en el Contrato, por lo que en fecha 16/marzo/2010, se le remite la Carta Notarial Nº 87-2010-.GG.EPS SEDACUSCO S.A., se le requiere que subsane las observaciones referentes al Nodo de Instalación y Transformador de Medición (Calle Fortunato L. Herrera) que se describen y detallan en el texto de dicha Carta, sin que el contratista cumpla con hacerlo.

Todos estos hechos generados ameritaron que nos veamos forzados a resolverle el Contrato al Consorcio Picchu, mediante Carta Notarial Nº 376-2010.GG.EPS SEDACUSCO S.A. de fecha 13/octubre/2010, puesto que aparte de los retrasos injustificados se sumó la desidia y negativa en cumplir con la fase final que era la prueba de los Equipos Electrodomésticos, que constituía parte de las Obligaciones del Contratista, conforme se halla debidamente detallado en dicha comunicación notarial, donde adicionalmente se le comunicaba también que en fecha 25/octubre/2010, a horas 10.00 a.m., se efectuaría la Constatación Física y el Inventario en el lugar

de la Obra, conforme lo establecía el Art. 267º del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, lo que el Contratista pretende desconocer pues afirma sin sustento legal ni documental haber cumplido al cien por ciento con la conclusión de la obra.

912

CUARTO.-

Que, el actor, en el Numeral 4) de su demanda, refiere que “queda acreditado que el Contratista ha cumplido con el 100% de la obra no quedando ningún tipo de saldo de obra pendiente por ejecutar de parte del contratista, insistiendo que el retraso que tuvo la obra fue por no contar con los permisos correspondientes los cuales eran de responsabilidad única y exclusiva de la entidad”.

a).- Sobre el particular debo referir que una vez notificada válidamente la resolución del contrato al Consorcio Picchu, posteriormente se procedió a cursarle la Carta Notarial Nº 395-2010-GG.EPS SEDACUSCO S.A., de fecha 05/noviembre/2010, donde se le requería a que nuevamente se haga presente en el lugar de la obra el 12/noviembre/2010 a las 10.00 a.m., a efectos de llevarse a cabo la constatación física y el inventario de la obra, lo que tampoco cumplió con presentarse el Contratista por lo que finalmente se le cursó la Carta Notarial Nº 403-2010.GG.EPS SEDACUSCO S.A., requiriéndole que al no contar con la llave de los ambientes materia de constatación nos proporcione las mismas para que la Notaría encargada proceda a realizar la Constatación indicada, que fue reprogramada para el día 18/noviembre/2010 a horas 8.00 a.m.

b) Para acreditar lo referido precedentemente y por sobre todo para demostrar el estado real del abandono de la obra por parte del contratista, adjunto al presente copia certificada de las tres Actas de Constatación Física e Inventory efectuadas por la Notaría Pública del Cusco Dra. Antonieta Ocampo Delahaza, de acuerdo al siguiente detalle:

- 1.- Acta de Constatación de fecha 15/noviembre/2010, que da cuenta del estado inconcluso de la obra, grietas en el Reservorio y que dos ambientes estaban cerrados.
- 2.- Acta de Constatación de fecha 18/noviembre/2010, que igualmente se frustra por la no presencia del Contratista.
- 3.- Acta de Constatación Física e Inventory de fecha 03/diciembre/2010, donde recién concurre el representante del Consorcio Picchu, Luis Vittor Benavente, procediéndose al descerrajamiento de

la sala donde se encuentra el Centro de Bombeo, encontrando los siguientes faltantes que consideraba el Expediente Técnico:

- No existe ni se ha instalado el tablero de arranque Nº 2 con variador.
- No existe un tecle monorriel de 1.5 toneladas (el cual debía servir para levantar los equipos a fin de que se pueda realizarse el mantenimiento).
- El variador del tablero Nº 1 no cuenta con display de visualización.
- No existe y no está instalado el medidor de caudal.
- No se encuentra la válvula de purga de aire.
- No se encuentra los portafusibles del seccionador ubicado en el poste de acometida.

Respecto al montaje y pruebas faltaba:

- Regulación de válvula de alivio.
- Alineamiento motor – bomba
- Energización de la subestación eléctrica (incluye pruebas eléctricas)
- Reforzamiento de anclajes de tubería.
- Pruebas de los motores y bombas

Finalmente en el nuevo Reservorio (Tanque Cisterna) la Notaría pudo constatar la existencia de grietas y de filtraciones de lo que se tomó en su presencia fotografías, que son parte de la referida Acta.

De todo lo expuesto precedentemente ha quedado demostrado que el Contratista nunca cumplió al 100% con la conclusión de la obra, sino solo ejecutó un avance real del 77.69% de la misma; conforme se acredita documentadamente en el Expediente de Liquidación Técnica Financiero, efectuada por el Ing. Alfredo Ormachea Olivera, que se ofrece como prueba.

4. FUNDAMENTOS DE HECHO y DE DERECHO DE LA RECONVENCION

913

LAS PRETENSIONES PROPUESTAS POR LA ENTIDAD SON:

1. DEVOLUCIÓN DE PAGO INDEBIDO O EN EXCESO DE LA SUMA DE S/. 21,980.95 (VEINTIUN MIL NOVECIENTOS OCHENTA CON 95/100 nuevos soles), MAS INTERESES LEGALES, A FAVOR DE LA EPS SEDACUSCO S.A.
2. PAGO DE LA FINALIDAD POR HORA EN LA EJECUCIÓN DE LA PRESTACIÓN, POR CADA DÍA DE RETRASO, HASTA POR UN MONTO EQUIVALENTE DEL 10% DEL MONTO CONTRACTUAL, QUE ASCIENDE A LA SUMA DE S/. 145,955.63 NUEVOS SOLES, A FAVOR DE LA EPS SEDACUSO S.A. CONFORME SE ACREDITA EN LOS CÁLCULOS EFECTUADOS EN EL FOLIO 64 DEL EXPEDIENTE DE LIQUIDACIÓN.
3. INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS POR EL LUCRO CESANTE Y DAÑO EMERGENTE, POR UN MONTO DE S/. 600,000 (SEISCIENTOS MIL NUEVOS SOLES), A FAVOR DE LA EPS SEDACUSCO S.A.
4. PAGO DE COSTOS Y COSTAS.

La Entidad solicita considerar al resolver la Reconvención los siguientes fundamentos de hecho y derecho:

PRIMER PUNTO CONTOVERTIDO DE LA RECONVENCION

- 
1. **Porque, el avance valorizado por el Liquidador de la Obra Ing. Alfredo Ormachea Olivera demuestra que la ejecución física REAL sólo alcanza al 77.69% VERSUS la ejecución financiera de la obra que alcanza el 94.61% equivalente a S/. 1'360,633.89 nuevos soles.**
 2. **Porque, al Contratista se le ha otorgado de acuerdo a la CLAUSULA QUINTA del contrato por concepto de ADELANTO DE MATERIALES LA SUMA DE S/. 583,822.54 nuevos soles que equivale al 40% del monto contractual y el pago de la PRIMERA A LA DECIMA VALORIZACIÓN, que sumadas hacen un total de S/. 1'360,633.89 nuevos soles.**

3. Porque, recapitulando, se tiene que a la fecha del abandono de la obra, el avance valorizado – por el Liquidador de la Obra Ing. Alfredo Ormachea Olivera – o ejecución física sólo alcanza al 77.69% VERSUS la ejecución financiera de la obra que alcanza el 93.22% equivalente a S/. 1'360,633.89.
4. Porque, si esto es así, mi representada, por el 77.69% de ejecución física de la obra una vez efectuada la liquidación, ha debido de cancelar la suma de S/. 1'338,672.95 nuevos soles, sin embargo de ello, ha cancelado en demasía el monto de S/. 1'360,633.89 nuevos soles, por tanto, existe un saldo a favor pendiente de devolución a favor de la EPS SEDACUSCO S.A. que asciende a la suma de S/. 21,960.95 nuevos soles, más sus correspondientes intereses legales.

SEGUNDO PUNTO CONTOVERTIDO DE LA RECONVENCION

1. Porque, de acuerdo con el **CUADERNO DE OBRA, FOLIO 30, ASIENTO Nº 490, del 23 febrero 2010** DEL ING. SUPERVISOR HECTO ADOLFO HUAYHUA VÁSQUEZ, se registra y hace constar lo siguiente:
“se cursó la Carta 004-HHV-EBC-SEDACUSCO, informando a la Gerencia de Obras la finalización del plazo de finalización de obra incumpliéndose lo pactado, la Gerencia refiere que el plazo final es el 23 de febrero por vencerse ahí la Carta Notarial cursada al Contratista”.

ASIENTO Nº 492: 01 MARZO 2010

“en vista que la entidad continúa dando plazos para entrega y ésta como consta no está concluida, por lo que aunque se energice no se puede realizar las pruebas hidráulicas por no existir Manómetro, no se ha culminado la impermeabilización del Reservorio, no se ha instalado el medidor de caudal a la salida de la tubería de impulsión ni su caja de registro, el techo monorriel no se ha instalado, no se ha realizado ninguna prueba a las bombas ni a sus motores, no se ha realizado pruebas de funcionamiento pisos y acabados en la Subestación, además el expediente de replanteo para realizar los deductivos conforme a la modalidad de ejecución de obra, en respuesta al asiento 491

914
de la resistencia. La demora de obra es entonces responsabilidad del contratista por no realizar el pago por concepto de medidor aunque ya se les ha contestado mediante carta que está considerado el pago del concepto, ninguna observación ha sido levantada además de las que faltan concluir. No existe ningún acta de acuerdos con la entidad, la supervisión en vista del abandono de Obra que realiza el contratista y una falta de resolución del contrato no se responsabiliza de los bienes de obra que quedan, así como del deterioro que pueden sufrir los equipos hasta que se defina la situación de la obra".

2. **PORQUE, si esto es así, que el contratista mantuvo paralizada la obra por un periodo que ha superado el monto máximo de la penalidad por mora equivalente al 10%, por tanto, debe penalizarse por mora al contratista por la suma no menor de S/. 145,955.63 nuevos soles.**

TERCER PUNTO CONTOVERTIDO DE LA RECONVENCION

1. **Porque**, el incumplimiento contractual evidenciado, consistente en la ejecución tardía y defectuosa de la Obra "Estación de Bombeo Qoripata – Picchu" ha ocasionado DAÑOS Y PERJUICIOS, (consistente en el LUCRO CESANTE Y DAÑO EMERGENTE) en la EPS SEDACUSCO S.A.
2. **Porque**, además de haberse incumplido en todos sus extremos el cronograma de ejecución de la obra y haber ocasionado daños y perjuicios, además de gastos a la EPS SEDACUSCO S.A., se ha retrasado que mi representada ponga en funcionamiento oportuno los equipos y la obra en sí, con el consiguiente perjuicio en su operatividad y riesgo en caso de desabastecimiento de alguna fuente de captación.
3. **Porque**, estando probado el perjuicio causado, se debe indemnizar a la EPS SEDACUSCO S.A. con la suma de SEISCIENTOS MIL NUEVOS SOLES, al amparo de lo dispuesto por el **Art. 227º del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, aprobado por D.S. N° 084-2004-PCM.**

CUARTO PUNTO CONTOVERTIDO DE LA RECONVENCION

1. **Porque**, el retraso de la ejecución de la obra y el perjuicio ocasionado a mi representada está acreditado con:

- Acta de Constatación de fecha 15/noviembre/2010, que da cuenta del estado inconcluso de la obra, grietas en el Reservorio y que dos ambientes estaban cerrados.
- Acta de Constatación de fecha 18/noviembre/2010, que igualmente se frustra por la no presencia del Contratista.
- Acta de Constatación Física e Inventory de fecha 03/diciembre/2010, donde recién concurre el representante del CONSORCIO PICCHU, Luis Vitor Benavente, procediéndose al descerrajamiento de la sala donde se encuentra el Centro de Bombeo, encontrando los siguientes faltantes que consideraba el Expediente Técnico:
 - No existe ni se ha instalado el tablero de arranque Nº 2 con variador.
 - No existe un tecle monorriel de 1.5 toneladas (el cual debía servir para levantar los equipos a fin de que se pueda realizar el mantenimiento).
 - El variador del tablero Nº 1 no cuenta con display de visualización.
 - No existe y no está instalado el medidor de caudal.
 - No se encuentra la válvula de purga de aire.
 - No se encuentra los portafusibles del seleccionador ubicado en el poste de acometida.

Respecto al montaje y pruebas faltaba:

- Regulación de válvula de alivio.
- Alineamiento motor – bomba
- Energización de la subestación eléctrica (incluye pruebas eléctricas)
- Reforzamiento de anclajes de tubería.
- Pruebas de los motores y bombas

Finalmente el nuevo Reservorio (Tanque Cisterna) la Notaria pudo constatar la existencia de grietas y de filtraciones de lo que se tomó en su presencia fotografías, que son parte de la referida Acta.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Se ampara en lo siguiente:

Art. 219º, 222º, Art. 223º, Art. 227 del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado y demás normas aplicables.

5- DE LOS PUNTOS CONTROVERTIDOS DE LA DAMNDA y RECONVENCIÓN

En la Audiencia de Fijación de Puntos Controvertidos se establecieron los siguientes puntos controvertidos:

- 1- Determinar si corresponde o no que se deje sin efecto la resolución del contrato efectuada por la ENTIDAD mediante Carta Notarial Nº 376-2010-GG.EPS SEDACUSCO S.A.
- 2- Determinar si corresponde o no que se pague con los respectivos intereses al **CONTRATISTA** las valorizaciones que supuestamente se encuentra pendientes al momento de la resolución del contrato por parte de la ENTIDAD.
- 3- Determinar si corresponde o no pagar al CONTRATISTA la suma de S/. 600,000.00 por daños y perjuicios ocasionados como consecuencia de la resolución del contrato.
- 4- Determinar si corresponde o no pagar a la ENTIDAD la suma de S/. 21,980.95 más los intereses legales por concepto de devolución de pago indebido o en exceso.
- 5- Determinar si corresponde o no pagar a la ENTIDAD la suma de S/. 145,955.63 por concepto de penalidad por mora en la ejecución de la prestación.
- 6- Determinar si corresponde o no pagara a la ENTIDAD la suma de S/. 600,000.00 por concepto de indemnización por daños y perjuicios.
- 7- Determinar a quién corresponde o no el pago de las costas y costos del proceso arbitral atendiendo a que la ENTIDAD formulo reconvención.

6- CONSIDERANDOS

En cuanto a la demanda y contestación de la demanda, así como la reconvención corresponde al Árbitro Único determinar si procede amparar las pretensiones fijadas como materias objeto de pronunciamiento:

- Si corresponde o no que se deje sin efecto la resolución del contrato efectuada por la ENTIDAD mediante Carta Notarial Nº 376-2010-GG.EPS SEDACUSCO S.A.

- Determinar si corresponde o no que se pague con los respectivos intereses al CONTRATISTA las valorizaciones que supuestamente se encuentra pendientes al momento de la resolución del contrato por parte de la ENTIDAD.
- Determinar si corresponde o no pagar al CONTRATISTA la suma de S/. 600,000.00 por daños y perjuicios ocasionados como consecuencia de la resolución del contrato.
- Determinar si corresponde o no pagar a la ENTIDAD la suma de S/. 21,980.95 más los intereses legales por concepto de devolución de pago indebido o en exceso.
- Determinar si corresponde o no pagar a la ENTIDAD la suma de S/. 145,955.63 por concepto de penalidad por mora en la ejecución de la prestación.
- Determinar si corresponde o no pagara a la ENTIDAD la suma de S/. 600,000.00 por concepto de indemnización por daños y perjuicios.
- Determinar a quién corresponde o no el pago de las costas y costos del proceso arbitral atendiendo a que la ENTIDAD formulo reconvención.

ANALISIS DE LOS PUNTOS CONTROVERTIDOS

DETERMINAR SI CORRESPONDE O NO QUE SE DEJE SIN EFECTO LA RESOLUCION DEL CONTRATO EFECTUADA POR LA ENTIDAD MEDIANTE CARTA NOTARIAL Nº 376-2010-GG.EPS SEDACUSCO S.A.

Posición del Consorcio Picchu.

Que la contratista, alega que mediante carta notarial Nº 020-2010/C.PICCHU, notificada a la Entidad, respecto a que la obra se encontraba lista para su recepción y que si habría algún atraso esto no es atribuible al contratista; y obedece única y exclusivamente a la Entidad (SEDACUSCO), ya que para ese momento faltaba contar con los permisos para solicitar la conexión eléctrica, que debía emitir la empresa Electro Sur, para la prueba de bombeo de los equipos. Al respecto,

916

menciona que el Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisidores del Estado aplicable a la presente controversia, indica en su artículo 211 sobre responsabilidad de la entidad, que: "La entidad es responsable de la obtención de las licencias autorizaciones, permisos, servidumbre y similares para la ejecución de las obras." Entonces para la contratista es claro que dichos permisos están a cargo de la entidad, y más bien la contratista lo venía solicitando a la entidad, lo cual nunca obtuvo un pronunciamiento.

Además señala que la contratista no abandonó la obra, que estaba casi lista para su entrega, pero la entidad es la que no les dio el permiso para la energización de la obra.

Por otro lado menciona la serie de contradicciones que realiza la Entidad respecto al avance de obra, que en su reconvención indica que la obra tiene un avance físico del 77.69%, mientras que mediante carta N°376.2010.GG.EPS.SEDACUSCO-SA.A., indica que la obra se encuentra paralizada desde el mes de febrero del 2010 con un avance físico del 82.54%; entonces para la contratista resulta contradictorio.

Posición de SEDACUSCO.

Que la Entidad señala que la contratista con sus argumentos en la demanda y alegatos, solo busca eludir su actuar negligente que generó el retraso del avance de la obra e inclusive el irregular e injustificado abandono de la misma. Además que solamente la cláusula decimosexta del contrato referente a la recepción de obra, señala lo siguiente: "La responsabilidad del contratista solo podrá ser liberada mediante la suscripción por ambas partes del acta de recepción final, la que surtirá todos sus efectos cuando se encuentre debidamente suscrita por el EPS SEDACUSCO S.A. como por el contratista."

Entonces mientras no se suscriba dicho documento el contratista queda obligado a subsanar cualquier observación o deficiencia que se le comunique y a continuar sometido a las consideraciones del contrato celebrado entre las partes. Por lo tanto no existe ninguna prueba que los equipos electromecánicos debían correr a cargo de la Entidad, en caso contrario era imposible hacerlo debido a una serie de fallas y faltantes incurridos por la contratista en la ejecución deficiente e inconclusa de la obra.

Posición del Árbitro Único.

Es necesario establecer las causales y el procedimiento establecido para la resolución de contratos.

Sobre el particular, el artículo 41 de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, dispone a letra lo siguiente:

Artículo 41 de Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado D.S. Nº 083-2004 PCM, en su segundo párrafo señala lo siguiente:

“(...) Los contratos regulados por la presente Ley incluirán necesariamente y bajo responsabilidad cláusulas referidas a: 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 la vía notarial el documento en el que se manifieste esta decisión y el motivo que la justifica. Dicho documento será aprobado por autoridad del mismo nivel jerárquico de aquella que haya suscrito el contrato. El contrato queda resuelto de pleno derecho a partir de la recepción de dicha comunicación por el contratista. Igual derecho asiste al contratista ante el incumplimiento por la Entidad de sus obligaciones esenciales, siempre que el contratista la haya emplazado mediante carta notarial y ésta no haya subsanado su incumplimiento.”

Además el artículo 45º “Resolución de los contratos” de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, señala siguiente:

“Las partes podrán resolver el contrato de mutuo acuerdo por causas no atribuibles a éstas o por caso fortuito o fuerza mayor, estableciendo los términos de la resolución. Cuando se ponga término al contrato, por causas imputables a la Entidad, ésta deberá liquidarle al contratista la parte que haya sido efectivamente ejecutada y resarcirle los daños y perjuicios ocasionados. En los supuestos de caso fortuito o fuerza mayor, se liquidará en forma exclusiva la parte

efectivamente ejecutada. La Entidad deberá reconocer en el acto administrativo resolutorio los conceptos indicados en los párrafos precedentes. Para hacer efectiva la resolución deberá contar con la aprobación del Titular del Pliego o la máxima autoridad administrativa de la Entidad, bajo responsabilidad. La resolución del contrato por causas imputables al contratista le originará las sanciones que le impongan el Consejo Superior de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, así como el resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados."

917

Más aun el artículo 224 del Reglamento de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, señala lo siguiente:

"Resolución de contrato Cualquiera de las partes, o ambas, pueden poner fin al contrato por un hecho sobreviniente a la suscripción del mismo, siempre que se encuentre previsto expresamente en las Bases, en el contrato o en el Reglamento. Por igual motivo, se puede resolver el contrato en forma parcial, dependiendo de los alcances del incumplimiento, de la naturaleza de las prestaciones, o de algún otro factor relevante, siempre y cuando sea posible sin afectar el contrato en su conjunto."

En el presente caso, la resolución del CONTRATO se produjo, conforme lo expresa LA ENTIDAD por incumplimiento de obligaciones por parte de EL DEMANDANTE.

Esta causal se encuentra prevista en la cláusula Décimo Octava de EL CONTRATO cuyo tenor expresa lo siguiente:

CLAUSULA DECIMOCTAVA: DE LAS SANCIONES AL CONTRATISTA POR CUMPLIMIENTO DEL CONTRATO: En caso de incumplimiento por parte del CONTRATISTA de las obligaciones contractuales, que hayan sido observadas por LA EPS SEDACUSCO S.A. y no subsanadas por el CONTRATISTA; independientemente de la aplicación de penalidades acordada, la EPS SEDACUSCO S.A. podrá resolver el contrato de forma total o parcial, previo cumplimiento de lo dispuesto por el artículo 41º de la Ley y Artículo 225º del Reglamento; de acuerdo a lo siguiente:

- a) Requerir a esta mediante carta notarial, a fin de que satisfaga o subsane el incumplimiento de sus obligaciones contractuales en un periodo no menor de cinco (5) días naturales, bajo apercibimiento de que el contrato quede resuelto de pleno derecho.

b) Si al vencimiento de dicho plazo, no cumpliese con la subsanación requerida o el incumplimiento continuo, la EPS SEDACUSCO S.A. podrá resolver el contrato, mediante la remisión por vía notarial del documento en el que se manifieste esta decisión y el motivo que la justifica. Dicho acuerdo o resolución será aprobado por autoridad del mismo nivel jerárquico de aquella que haya suscrito el contrato.

El contrato queda resuelto de pleno derecho de pleno derecho a partir de la recepción de dicha comunicación por el CONTRATISTA; en ese supuesto, se ejecutarán las garantías otorgadas de conformidad con el artículo 221º del Reglamento, sin perjuicio de la indemnización por daños y perjuicios que la EPS SEDACUSCO S.A. podrá exigir."

En su labor interpretativa, el Arbitro Único tendrá presente los siguientes principios interpretativos: De conservación del contrato, por el cual cuando una cláusula del contrato es susceptible de interpretarse en dos sentidos deberá entenderse en aquél que puede producir algún efecto y no en el que no genere ninguno. De la búsqueda de la voluntad real de las partes, que es la posición asumida por el Código Civil Peruano cuando se presenta alguna discrepancia entre lo declarado por las partes y lo querido por ellas. En efecto, en el último párrafo del artículo 1361º del Código Civil se establece la presunción "iuris tantum" que "la declaración expresada en el contrato responde a la voluntad común de las partes y quien niegue esa coincidencia debe probarla". Esto quiere decir que el análisis de todos y cada uno de los documentos del Contrato deberá hacerse de manera integral y completa teniendo en cuenta la "voluntad común", a la que en la Exposición de Motivos del Código Civil se la define como: doctrina al respecto destaca que no es otra cosa que la aplicación de las ideas de confianza y auto responsabilidad en la interpretación. Es por esta razón, que los supuestos en que corresponde integrar, por vía del principio de la buena fe.

Que por esta razón por la cual las normas contenidas en la Ley de Arbitraje y su Reglamento deben aplicarse en forma sistemática con las normas relativas a la contratación referidas en el Código Civil y el ordenamiento jurídico en general. En consecuencia, en cuanto a las lagunas contractuales, éstas se llenarán acudiendo al TUO y a su Reglamento. Si las normas mencionadas no llenan el vacío existente, se aplicarán supletoriamente las disposiciones del Código Civil y, en

918
su defecto, el Árbitro Único resolverá discrecionalmente, de acuerdo con lo prescrito en el artículo 34 y 40 de la Ley de Arbitraje.

Que a pesar de lo señalado en el artículo 211 “Responsabilidad de la entidad” del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, que señala lo siguiente: “La Entidad es responsable de las modificaciones que ordene y apruebe en los proyectos, estudios, informes o similares o de aquéllos cambios que se generen debido a la necesidad de la ejecución de los mismos. La Entidad es responsable de la obtención de las licencias, autorizaciones permisos, servidumbre y similares para la ejecución de las obras, salvo que en las Bases se estipule que la tramitación estará a cargo del contratista.” La resolución del contrato, es legal, ya que el incumplimiento de las obligaciones contractuales por el contratista son evidentes, a pesar de la falta de licencia que no brindo a tiempo la Entidad, esta no ha demostrado de manera fehaciente en su demanda su intención de proseguir con la obra, es más la demandante acumulo el monto máximo de la penalidad por mora en la ejecución de la prestación de parte del contratista.

En consecuencia, emitiendo pronunciamiento respecto del primer punto controvertido, el Árbitro se ha creado convicción que no resulta amparable se deje sin efecto la resolución del contrato con carta notarial N°376.2010.GG.EPS.SEDACUSCO-S.A. Por cuanto está probado que el contratista ha incurrido en las causales de resolución del contrato, previsto en el contrato y en los artículos 224º y 225º del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado aprobado por D.A. N° 083-2004-PCM; entonces está acreditado que la resolución del contrato fue de acuerdo a la Ley.

DETERMINAR SI CORRESPONDE O NO QUE SE PAGUE CON LOS RESPECTIVOS INTERESES AL CONTRATISTA LAS VALORIZACIONES QUE SUPUESTAMENTE SE ENCUENTRA PENDIENTES AL MOMENTO DE LA RESOLUCIÓN DEL CONTRATO POR PARTE DE LA ENTIDAD.

Posición de la Consorcio Picchu.

Que con respecto a la posición del DEMANDANTE, menciona que las valorizaciones impagadas han sido motivo para que paralicen la obra, debido a los incumplimientos de la entidad, ya que se

vio afectado económicamente más aún si se tiene en cuenta que las Valorizaciones son pagos a cuenta y son esenciales para la continuidad de una Obra tanto física como económica. Alega lo señalado en el artículo 255 del Reglamento de Contrataciones y Adquisiciones del Estado establece que “(...) el plazo máximo de aprobación por el inspector o el supervisor de las valorizaciones y su remisión a la entidad para periodos mensuales es de cinco días (05), contados a partir del primer día hábil del mes siguiente al de la valorización respectiva y será cancelada por la entidad en fecha no posterior al último día de tal mes.” A partir del vencimiento del plazo establecido para el pago de estas valorizaciones, por lo tanto por ser imputables a la entidad el contratista tendrá derecho al reconocimiento de los intereses pactados en el contrato y en su defecto al interés legal de conformidad a los artículos 1244, 1245 1246 del Código Civil.

Posición de SEDACUSCO.

Que, en el caso de la Entidad, menciona que en el Contrato Nº 838-2007-GG-EPS SEDACUSCO S.A. de fecha 09 de Noviembre de 2007, celebrado entre la EPS SEDACUSCO S.A. y el Consorcio Picchu, en las CLAUSULAS DECIMO PRIMERA, CLAUSULA DECIMO QUINTA Y CLAUSULA DECIMO OCTAVA, ambas partes, han pactado las causales por las que se resuelve el contrato.

Que, en efecto, en la CLAUSULA DECIMO QUINTA, se ha acordado la aplicación de penalidades en caso de retraso injustificado de las obligaciones contractuales de parte del contratista en la ejecución de la obra, es decir, penalidades por mora por cada día de atraso hasta por un monto del 10% del monto contractual.

Posición del Árbitro Único.

En ese orden de ideas y de las normas desarollas, se desprende que la resolución contractual se enviste de formalidades imperativas (previos requerimientos), salvo las excepciones que regula el Reglamento.

En ese sentido, se verifica que la Entidad, ha cumplido con el procedimiento de resolución de contrato, al acreditarse la existencia de “requerimientos previos” mediante las Cartas Notariales

Nº 440-2009-GG-EPS-SEDACUSCO S.A. de fecha 18 de junio de 2009, carta notarial Nº 145-2009-GG-EPS-SEDACUSCO S.A. de fecha 13 de agosto de 2009, carta notarial Nº 197-2009-GG-EPS-SEDACUSCO S.A. de fecha 17 de agosto de 2009 y la carta notarial Nº 05-2010-GG-EPS-SEDACUSCO S.A. de fecha 12 de enero de 2010.

919

Verificando el cumplimiento del requerimiento previo para resolver EL CONTRATO, corresponde analizar sobre el incumplimiento de la prestación por parte de EL DEMANDANTE.

Respecto a la posición de EL DEMANDANTE sobre que dichos requerimientos, no señalan de forma específica cuales no fueron cumplidas a satisfacción y que habría una falta de motivación en la solicitud de levantamiento de observaciones. Más aun no específica de manera clara cuales son los montos de las cinco valorizaciones que sufrió la obra, señalada en la demanda de la contratista.

Respecto a la posición de LA DEMANDA ante una paralización de la obra se suscribe entre ambas partes un acta de compromiso, por la cual la entidad, comprometió a hacer la entrega del día 20 de enero de 2009, de los cheques por concepto de las valorizaciones por un monto de S/. 310,276.69, que la contratista se comprometió a reanudar la obra a más tardar el 26 de enero de 2009. A pesar de ello la contratista cobró las valorizaciones, como acepta la contratista no reinicio las obras para poder concluir con el contrato.

De la revisión y evaluación de los documentos se puede verificar que el documento principal, Carta Notarial Nº 440-2009-GG-EPS-SEDACUSCO S.A. de fecha 18 junio de 2009, con el que se inicia los pedidos de levantamiento de observaciones en el Expediente Técnico, para subsanar lo dispuesto en la cláusula sexta (observación del contratista) y la cláusula décimo octava (de las sanciones al contratista), del contrato, reviste las formalidades para su expedición y cuenta con una descripción detallada y pormenorizada de los documentos que no se presentaron. Sumado a ello en los documentos que presentó el demandante (Carta Nº 020-2010/C.PICCHU) no se evidencia indubitablemente que este haya cumplido con levantar las observaciones, toda vez que el contenido de dichos documentos son de forma “Genérica” por ello, todo lo antes glosado crea convicción y criterio al Árbitro Único, respecto que EL DEMANDANTE no cumplió con levantar las observaciones, más aún si se verifica el reiterado incumplimiento de los tiempos legales y contractuales para dicho fin.

Respecto a la omisión de no cumplir con las observaciones en la Carta Notarial N° 440-2009-GG-EPS-SEDACUSCO S.A.; EL DEMANDANTE al no levantar correctamente y oportunamente las observaciones, pese haber sido notificado correctamente con el documento primigenio. No corresponde amparar este punto controvertido, más aun si la prueba aportada por las partes, acredita, el incumplimiento por parte de EL DEMANDANTE, por ello, se deja a salvo el derecho de LA ENTIDAD, para reclamar lo que a su derecho corresponda .

DETERMINAR SI CORRESPONDE O NO PAGAR AL CONTRATISTA LA SUMA DE S/. 600,000.00 DAÑOS Y PERJUICIOS OCASIONADOS COMO CONSECUENCIA DE LA RESOLUCION DE CONTRATO.

La responsabilidad contractual es la que procede ante la infracción de un contrato válido o, es aquella que resulta del incumplimiento de una obligación nacida de un contrato. Ésta comprende dos partes: una de ellas es la reparación de daños y la segunda es la indemnización por los perjuicios ocasionados. Así el artículo 1321º del Código Civil señala lo siguiente: "Queda sujeto a la indemnización de daños y perjuicios quien no ejecuta sus obligaciones por dolo, culpa inexcusable o culpa libre". Debe tenerse en cuenta que, para que se configure la responsabilidad contractual, debe de cumplirse con lo siguiente: primero debe existir un contrato válidamente celebrado, el mismo que debe ser eficaz y que, en el presente caso efectivamente existe. Segundo, debe producirse un incumplimiento absoluto o relativo de las obligaciones por parte del deudor, incumplimiento que debe ocasionar un daño. Tercero, debe existir una relación de causalidad entre el incumplimiento del deudor y el daño ocasionado al acreedor y cuarto, deben configurarse los factores de atribución subjetivos y objetivos.

El Árbitro Único, luego de un análisis de la presente pretensión, ha concluido que lo que la CONTRATISTA pretende es una indemnización por los daños y perjuicios que supuestamente le ocasionó la ENTIDAD por la injustificada Resolución del Contrato N° 376.2010.GG.EPS.SEDACUSCO-S.A. que según manifiesta ha impedido que continúe con la ejecución de la prestación contratada.

En esa línea, el artículo 1331º del Código Civil, señala lo siguiente: "La prueba de los daños y perjuicios y de su cuantía también corresponde al perjudicado por la inejecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso".

920

Entonces, quien tiene la carga de la prueba según el artículo 1331º del Código Civil, es quien afirma que ha sido perjudicado por la inejecución de la obligación contractual.

Asimismo, se desprende del mismo artículo que quien solicita una indemnización debe probarlo. Así y estando a lo indicado, queda claro, en primer término, que en el presente caso arbitral, quien tiene la carga de probar si se le provocó un daño por alguna inejecución contractual es el DEMANDANTE o CONTRATISTA.

En ese sentido, no se ha aportado, prueba o la documentación respectiva, en el expediente que justifique amparar este pedido formulado por la CONTRATISTA, por lo que el Árbitro Único, considera que se debe declarar INFUNDADO.

DETERMINAR SI CORRESPONDE O NO PAGAR A LA ENTIDAD LA SUMA DE S/. 21,980.95 MÁS LOS INTERESES LEGALES POR CONCEPTO DE DEVOLUCIÓN DE PAGO INDEBIDO O EN EXCESO.

De acuerdo al análisis del primer punto controvertido y al declararse la validez y/o eficacia de la resolución del CONTRATO N° 338-2007-GG-EPS SEDACUSCO S.A. referido a la "Ejecución de obras". Por causas imputables a EL CONTRATISTA, correspondería la devolución de pago indebido o en exceso por la suma de S/. 21, 980.95 Nuevos Soles más los intereses legales en beneficio de LA ENTIDAD, ya que se ha pactado en el contrato, específicamente en la "CLAUSULA QUINTA" sobre adelantos, menciona:

"A solicitud de EL CONTRATISTA se le entregara los adelantos directos (hasta el 20%) y para materiales e insumos (hasta el 40%) de acuerdo a lo establecido en el artículo 39 del Texto Único Ordenado de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado y los artículos 243º, 244º, 245º, 246º del Reglamento."

Por lo tanto de acuerdo a la cláusula quinta del contrato firmado por las partes, la entidad realizó el debido adelanto a la contratista por la suma de S/. 583,822.54 Nuevo Soles, por adelanto de materiales. Además según el informe del liquidador de la obra el Ingeniero Alfredo Ormachea Olivera, la cual dio como resultado que la ejecución de la obra estaba al 77.69%, pero la ejecución financiera de la mencionada obra alcanza es de 93.22% equivalente al monto de S/. 1'360,633.89 Nuevo Soles. Además se tiene como verificado en las actuaciones de la entidad el pago de las valorizaciones por un monto total de S/. 1'338,672.95 Nuevo Soles, entonces del monto original de la ejecución total de la obra por un monto de S/. 1'360,633.89 Nuevo Soles, queda un saldo a favor hacia LA ENTIDAD por el monto de S/. 21,980.95 Nuevo Soles, debido a un pago en exceso, al momento de hacer los primeros abonos de las valorizaciones. Más aun la CONTRATISTA en ningún momento se ha opuesto a la liquidación técnica financiera de la obra, por lo que no se ha advertido la presencia de ninguna anotación hacia la mencionada liquidación, se tiene como consentida el monto total de liquidación.

Lo anterior genera convicción, respecto que se debe amparar la pretensión de la reconvención y se debe disponer y ordenar al CONTRATISTA, la devolución del monto de S/. 21,980.95 Nuevo Soles, a favor de la ENTIDAD más el pago de los intereses legales, incurridos como consecuencia de la no devolución oportuna de dicho monto.

DETERMINAR SI CORRESPONDE O NO PAGAR A LA ENTIDAD LA SUMA DE S/. 145,955.63 POR CONCEPTO DE PENALIDAD POR MORA EN LA EJECUCIÓN DE LA PRESTACIÓN.

Respecto a este punto controvertido y habiéndose analizado y determinado que resolución del CONTRATO N° 376-2010-GG-EPS SEDACUSCO para la “Ejecución de obras”, reúne los requisitos exigidos por Ley. Que de lo señalado en el artículo 222 del Reglamento de Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, que menciona lo siguiente: “Penalidad por mora en la ejecución de la prestación En caso de retraso injustificado en la ejecución de las prestaciones objeto del contrato, la Entidad le aplicará al contratista una penalidad por cada día de atraso, hasta por un monto máximo equivalente al diez por cien (10%) del monto contractual o, de ser el caso, del ítem, tramo, etapa o lote que debió ejecutarse o de la prestación parcial en el caso de ejecución periódica (...)".

Más aun lo pactado en el contrato en la CLAUSULA DECIMOQUINTA “aplicación de penalidades” regula lo señalado por el artículo antes en mención, por lo tanto ante incumplimiento de LA CONTRATISTA por no reanudar la obra, se deben aplicar las penalidades establecidas. Además de lo presentado en los medios probatorios de la ENTIDAD sobre la constatación policial por el abandono de obra de fecha 06 de setiembre de 2010, y las demás cartas notariales donde se le exige al CONTRATISTA el reinicio de la obra. Se concluye que se deben pagar las penalidades pactadas, entonces con la ecuación de cálculo señalado en el artículo 222 del Reglamento, se evalúa y calcula el monto de S/. 145, 955.63 Nuevos Soles, que se deberá abonar a LA ENTIDAD, por concepto de penalidad por mora.

921

En ese sentido, al existir documentación fehaciente del abandono de la obra y de los múltiples avisos para el reinicio de esta, el Arbitro Único, considera suficientemente acreditado y probada la causal para aplicar la penalidad, por lo que considera se debe amparar la pretensión y disponer el pago de las penalidades a favor de la ENTIDAD.

DETERMINAR SI CORRESPONDE O NO PAGAR A LA ENTIDAD LA SUMA DE S/. 600,000.00 POR CONCEPTO DE INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS.

Este Tribunal Unipersonal, advierte que la responsabilidad contractual es la que procede ante la infracción de un contrato válido o, es aquella que resulta del incumplimiento de una obligación nacida de un contrato. Ésta comprende dos partes: una de ellas es la reparación de daños y la segunda es la indemnización por los perjuicios ocasionados. Así el artículo 1321º del Código Civil señala lo siguiente: “Queda sujeto a la indemnización de daños y perjuicios quien no ejecuta sus obligaciones por dolo, culpa inexcusable o culpa libre”. Debe tenerse en cuenta que, para que se configure la responsabilidad contractual, debe de cumplirse con lo siguiente: primero debe existir un contrato válidamente celebrado, el mismo que debe ser eficaz y que, en el presente caso efectivamente existe. Segundo, debe producirse un incumplimiento absoluto o relativo de las obligaciones por parte del deudor, incumplimiento que debe ocasionar un daño. Tercero, debe existir una relación de causalidad entre el incumplimiento del deudor y el daño ocasionado al acreedor y cuarto, deben configurarse los factores de atribución subjetivos y objetivos.

El Árbitro Único, luego de un análisis de la presente pretensión, ha concluido que lo que la ENTIDAD pretende es una indemnización por los daños y perjuicios que supuestamente le ocasionó la CONTRATISTA por el incumplimiento de la ejecución de la obra. A pesar de las constataciones presentadas en cuanto al estado de la obra y el inventario; en sus medios probatorios. No son suficiente para poder acreditar los daños y perjuicios ocasionados hacia la ENTIDAD, ya que se debe probar de manera fehaciente y cuantificable el monto total del daño, hay que tener en cuenta que solamente abarcaría el daño patrimonial (daño emergente y lucro cesante) los cuales no se ha comprobado debidamente por la Entidad demandada.

En esa línea, el artículo 1331º del Código Civil, señala lo siguiente: "La prueba de los daños y perjuicios y de su cuantía también corresponde al perjudicado por la inejecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso".

Entonces, quien tiene la carga de la prueba según el artículo 1331º del Código Civil, es quien afirma que ha sido perjudicado por la inejecución de la obligación contractual.

Asimismo, se desprende del mismo artículo que quien solicita una indemnización debe probarlo. Así y estando a lo indicado, queda claro, en primer término, que en el presente caso arbitral, quien tiene la carga de probar si se le provocó un daño por alguna inejecución contractual es la ENTIDAD.

En ese sentido, no se ha aportado, prueba o la documentación respectiva, en el expediente que justifique amparar este pedido formulado por la ENTIDAD, por lo que el Árbitro Único, considera que se debe declarar INFUNDADO.

DETERMINAR SI CORRESPONDE O NO EL PAGO DE LAS COSTAS Y COSTOS DEL PRESENTE PROCESO A LA PARTE VENCIDA DEL ARBITRAJE Y/O SU DISTRIBUCIÓN A LOS LITIGANTES EN PROPORCIONES IGUALES, CONFORME A LO DISPUESTO EN EL ART. 56 DE LA LEY DE ARBITRAJE.

Que, con relación a este punto controvertido, es pertinente señalar que de acuerdo con lo dispuesto por el inciso 2 del artículo 56 del Decreto Legislativo No 1071, el Arbitro Único se

pronunciará en el Laudo sobre la distribución de los costos del arbitraje, según lo previsto en el artículo 73 del referido cuerpo legal.

De igual manera, el artículo 70 del Decreto Legislativo No 1071, precisa lo siguiente:

"Artículo 70.- Costos

El tribunal arbitral fijará en el laudo los costos del arbitraje. Los costos del arbitraje comprenden:

- a. Los honorarios y gastos del tribunal arbitral.
- b. Los honorarios y gastos del secretario.
- c. Los gastos administrativos de la institución arbitral.
- d. Los honorarios y gastos de los peritos o de cualquier otra asistencia requerida por el tribunal arbitral.
- e. Los gastos razonables incurridos por las partes para su defensa en el arbitraje.
- f. Los demás gastos razonables originados en las actuaciones arbitrales".

Por su parte, el inciso 1 del artículo 73 del Decreto Legislativo No 1071, señala lo siguiente:

"Artículo 73.- Asunción o distribución de costos

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

Dentro de este marco, el Árbitro Único ha apreciado que durante la prosecución del proceso arbitral, ambas partes asumieron los honorarios profesionales de los árbitros y del secretario arbitral, conforme a la distribución del Acta de Instalación del Árbitro Único y en su oportunidad debida.

En tal sentido, aun cuando el laudo resulta favorable a una de las partes, siendo facultad del Árbitro Único, establecer la condena de costas y costos del proceso, el Árbitro Único estima

pertinente disponer que cada parte asuma con los gastos en los que han incurrido en soportar la tramitación del presente proceso arbitral.

CUESTIONES FINALES

Finalmente, estando a los considerandos precedentes y siendo que el Arbitro Único no representa los intereses de ninguna de las partes y ejerce el cargo con estricta imparcialidad y absoluta discreción, así como que en el desempeño de sus funciones ha tenido plena independencia y no ha estado sometido a orden, disposición o autoridad que menoscabe sus atribuciones, gozando del secreto profesional; por lo que habiéndose agotado todas las etapas del proceso y dejando que a través del presente laudo, el Arbitro Único se pronuncia sobre todas las pretensiones formuladas por las partes.

FALLO ARBITRAL:

Por las consideraciones antes expuestas el ARBITRO UNICO, LAUDA:

PRIMERO: DECLARANDO INFUNDADA la PRIMERA PRETENSION de la demanda, determinada como primer punto controvertido, en consecuencia, téngase por resuelto el contrato.

SEGUNDO: DECLARANDO INFUNDADA la SEGUNDA PRETENSION de la demanda, determinada como segundo punto controvertido, en consecuencia, no corresponde el pago de intereses al contratista.

TERCERO: DECLARANDO INFUNDADA la TERCERA PRETENSION de la demanda, determinada como tercer punto controvertido, en consecuencia, no corresponde el pago de daños y perjuicios al contratista. .

CUARTO: DECLARANDO FUNDADA la PRIMERA PRETENSION de la Reconvención, determinada como cuarto punto controvertido, en consecuencia, se ordena al CONSORCIO PICCHU el pago de

923
S/. 21,980.95 Nuevo Soles, más los intereses legales a que hubiere lugar, como consecuencia de la no devolución oportuna de dicho monto.

QUINTO: DECLARANDO FUNDADA la SEGUNDA PRETENSION de la Reconvención, determinada como quinto punto controvertido, en consecuencia, se ordena al CONSORCIO PICCHU el pago de S/. 145, 955.63 Nuevos Soles, por concepto de penalidades por mora.

SEXTO: DECLARANDO INFUNDADA la TERCERA PRETENSION de la Reconvención, determinada como sexto punto controvertido, en consecuencia, no corresponde el pago de daños y perjuicios a la Entidad.

SEXTO: DISPONER que cada una de las partes asuma los gastos generados en el presente proceso.



José Talavera Herrera
Árbitro Único

Laudo emitido en Lima a los quince días del mes de Diciembre del 2015.

949

**ACLARACIÓN DE LAUDO ARBITRAL DE DERECHO DICTADO EN
EL ARBITRAJE SEGUIDO POR CONSORCIO PICHU CON
ENTIDAD PRESTADORA DE SERVICIOS DE SANEAMIENTO SEDA
CUSCO S.A.**

RESOLUCIÓN N° 35

Lima, 8 de Marzo del 2016

VISTOS:

I. ANTECEDENTES

Mediante Resolución N° 31, EL Arbitro Único, procedió a dictar Laudo Arbitral de Derecho, habiendo cumplido con notificarlo a las partes dentro del término de ley.

Dentro del plazo dispuesto en el Acta de Instalación del Tribunal Arbitral, CONSORCIO PICHU, ha solicitado la aclaración del Laudo, conforme los términos que aparecen de su recurso de fecha 7 de Enero del 2016.

Admitida a trámite la solicitud, el Tribunal Arbitral mediante Resolución No.32; corrió traslado de la misma, la que fue absuelta por la entidad mediante su recurso de fecha 28 de Enero del 2016 ; en los términos que aparecen del mencionado recurso.

La presente resolución se emite dentro del plazo respectivo.

CONSIDERANDO:

Primero: El Tribunal Arbitral, previo a realizar el análisis de la solicitud de aclaración del laudo arbitral, considera necesario establecer brevemente el marco conceptual que será aplicado durante el desarrollo del análisis del recurso

interpuesto. Para estos efectos, resulta necesario que el Tribunal Arbitral identifique cuándo corresponde aclarar un laudo arbitral.

Aclaración

De conformidad con la Ley General de Arbitraje¹, corresponde a los árbitros aclarar el laudo arbitral cuando las partes así lo soliciten.

En efecto, la aclaración tiene únicamente por objeto que se aclare aquellos extremos de la parte resolutiva del fallo que resulten oscuros o dudosos, o aquellos eslabones de la cadena de razonamiento que por ser oscuros o dudosos, tengan un impacto determinante en lo resolutivo o decisorio del fallo; vale decir, en aquello que se declara u ordena hacer o dejar de hacer a las partes.

Nótese entonces que lo único que procede aclarar es la parte resolutiva de un fallo (parte decisoria) y, sólo excepcionalmente, la parte considerativa en cuanto influya decididamente en ella; es decir, que para poder ejecutar lo decidido sea necesario aclarar los fundamentos, porque de lo contrario no se entendería que es lo que se debe ejecutar. Así, evidentemente este recurso tiene que ver con precisar qué es lo que se ha ordenado a las partes.

La doctrina arbitral es estricta al calificar las facultades de los árbitros de aclarar su laudo.

Así, de un lado, tenemos que **HINOJOSA SEGOVIA** señala lo siguiente:

"Debe descartarse de principio que la aclaración sirva para resolver cuestiones esenciales que no hayan sido objeto de debate. En otras palabras, la aclaración del laudo no puede tener un contenido que desvirtúe su función; así, pues, ha de venir referida únicamente a la corrección de errores materiales o a la aclaración de conceptos oscuros u omisiones (y nunca a resolver cuestiones sustanciales de puntos que hayan sido objeto

de controversia). El laudo que incurra en el vicio de la oscuridad, no cumple su fin, puesto que no queda decidida sin duda la controversia".²

De otro lado, CRAIG, PARK y PAULSSON señalan sobre el particular:

"El propósito de la norma es permitir la aclaración de un laudo para permitir su correcta ejecución (como, por ejemplo, si pareciera haber mandatos en conflicto en la parte operativa del laudo). Ésta no puede ser usada para requerir al Tribunal que explique, o que reformule, sus razones. Ésta no provee una ocasión para que el Tribunal reconsiderere su decisión. Si esa fuera la base de la solicitud de la parte, el Tribunal tendría fundamentos de sobra en encontrar como innecesario o inapropiado el conceder la «interpretación» requerida³. (El subrayado es nuestro).

950

Como explican los citados autores⁴, esta facultad reconocida en los árbitros para aclarar algún extremo del laudo, tiene como propósito permitir su correcta ejecución; por ejemplo, cuando en la parte resolutiva existen órdenes contradictorias. En consecuencia, no cabe que las partes utilicen este remedio para pretender que los árbitros les expliquen sus considerandos y menos para que reformulen su razonamiento, ya que la aclaración no es sinónimo de reconsideración.

² HINOJOSA SEGOVIA, Rafael. "El recurso de anulación contra los laudos arbitrales (Estudio jurisprudencial)". Editorial Revista de Derecho Privado – Editoriales de Derecho Reunidas S.A. Madrid. España. 1991. Págs. 336 y 337.

³ Traducción libre del siguiente texto: "The purpose of the provision is to permit clarification of an award so as to permit its correct execution (as, for instance, if there would appear to be conflicting commands in the operative sections of the award). It is not to be used to require the tribunal to explain, or to reformulate, its reasons. It does not provide an occasion for the reconsideration by the tribunal of its decision. Should this be the basis of the party's application the tribunal will be quite justified in finding it unnecessary or inappropriate to render the requested «interpretation». W. LAURENCE CRAIG, WILLIAM W. PARK & JAN PAULSSON, "International Chamber of Commerce Arbitration". Oceana Publications Inc., 3ra. Ed., 2000, Pág. 408.

⁴ W. Laurence Craig, William W. Park & Jan Paulsson, "International Chamber of Commerce Arbitration", ob. cit., 3era. Ed., p. 408. "The purpose of the provision is to permit clarification of an award so as to permit its correct execution (as, for instance, if there would appear to be conflicting commands in the operative sections of the award). It is not to be used to require the tribunal to explain, or to reformulate, its reasons. It does not provide an occasion for the reconsideration by the tribunal of its decision. Should this be the basis of the party's application the tribunal will be quite justified in finding it unnecessary or inappropriate to render the requested 'interpretation'". Brooks W. Daly "Correction and Interpretation of Arbitral Awards under the ICC Rules of Arbitration". En: ICC International Court of Arbitration Bulletin, Vol. 13, No. 1, 2002, pp. 63-64. "A request for interpretation is properly made when the terms of an award are so vague or confusing that a party has a genuine doubt about how the award should be executed".

En el mismo sentido, **FOUCHARD, GAILLARD y GOLDMAN**⁵ señalan que sólo cuando la parte resolutiva del laudo arbitral está redactada de manera tan ambigua que legítimamente genere dudas en las partes acerca de su significado, es que procede este remedio. En cambio, no procederá recurrir a esta herramienta, cuando lo que se ataque sea el razonamiento lógico-jurídico expresado en la parte considerativa del fallo arbitral.

Queda entonces definido que mediante el recurso de aclaración no se podrá solicitar la alteración del contenido o fundamentos de la decisión del Tribunal. Tampoco dicho recurso tiene una naturaleza impugnatoria, propia de las apelaciones o reposiciones. De lo contrario, se lograría por la vía indirecta lo que no se puede obtener por la vía directa, ya que el laudo arbitral es, en el fondo, inapelable e irreversible.

Entonces, sólo se puede aclarar la parte resolutiva del laudo arbitral o, excepcionalmente, la parte considerativa, en cuanto tenga que ser entendida para la ejecución adecuada de lo ordenado. Una solicitud de aclaración de los fundamentos que disfraze un pedido de revisión o reconsideración de la evaluación de las pruebas o del razonamiento es evidentemente improcedente y, como tal, debe de ser desestimada.

Segundo: Teniendo en cuenta el marco conceptual expuesto, el Tribunal Arbitral procederá a resolver la solicitud de aclaración presentada por CONSORCIO PICHU, en concordancia con lo previsto por la Ley de Arbitraje.

Tercero: Sobre este particular, el Tribunal Arbitral identifica que el pedido de aclaración no es procedente porque de la revisión de los puntos que se pretende sean aclarados, se puede apreciar de manera clara y objetiva que los argumentos

⁵ **Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration**, Emmanuel Gaillard & John Savage (Eds.), Kluwer Law International, 1999, p. 775. "The interpretation of an arbitral award is only really helpful where the ruling, which is generally presented in the form of an order, is so ambiguous that the parties could legitimately disagree as to its meaning. By contrast, any obscurity or ambiguity in the grounds for the decision does not warrant a request for interpretation of the award".

de CONSORCIO PICHU, para pedir la aclaración, expresan más una calificación de carácter general, así tenemos en el punto Cuarto del escrito de su propósito, se expresa " En ese sentido, dentro de la parte Expositiva y/o Considerativa, no se ha consignado la presentación de nuestros medios probatorios ni la correspondiente valoración, así como tampoco a nuestros alegatos escritos, que sustenten la decisión y/o motivación del Laudo". Igualmente en el punto Quinto, se expresa: "Por ello, solicitamos mediante el presente Recurso de Aclaración, se determine si dichos medios probatorios han sido incorporados al presente Arbitraje, ya que como se ha dicho no se han mencionado, lo que atentaría contra el DERECHO CONSTITUCIONAL A LA DEFENSA, más aun cuando dichos medios probatorios fundamentan nuestra pretensión por demostrar que el PROCEDIMIENTO FORMAL DE APERCIBIMIENTO Y RESOLUCION DE CONTRATO, NO CUMPLIO CON TODOS Y CADA UNO DE LOS REQUISITOS Y POR LO TANTO, SERIA INEFICAZ.".

951

La lectura de los argumentos reseñados, al ser confrontados con el texto del Laudo, evidencian que la afirmaciones no se corresponden con la realidad, por lo que es evidente que el Recurso denominado de Aclaración, en el fondo contiene, el desacuerdo de la parte que lo propone, con lo resuelto por este Tribunal Arbitral y no está dirigida a denunciar la existencia de algún extremo dudoso u oscuro de los mandatos contenidos en el fallo arbitral que pueda impedir su correcta ejecución, sino más bien pretenden que el Tribunal Arbitral modifique o reconsidera su pronunciamiento en los extremos alegados, lo que no resulta procedente.

Cuarto: Sin perjuicio de lo expuesto, el Tribunal Arbitral considera pertinente, respecto de cada uno de los dos puntos que el demandado presenta como omisiones, los que han sido reseñados en el punto precedente, y que solicita que sean aclarados, señalar lo siguiente:

De la, lectura del Laudo, se tiene que existe la referencia a todos y cada uno de los puntos controvertidos, las posiciones de las partes y las pruebas actuadas, véase páginas 23 a 38 del Laudo.

Finalmente, es de reiterar que en relación a todos los extremos que se ha solicitado que se aclarados, han sido suficientemente analizados y tratados en el Laudo, por lo que no cabe amparar el pedido, mas aún si en el fondo este busca que el Arbitro Único, se pronuncie nuevamente sobre el fondo de la controversia, desnaturalizando así el verdadero contenido de la aclaración.

Por tanto, el Tribunal Arbitral **RESUELVE**:

Primero: Declarar IMPROCEDENTE la aclaración solicitada por CONSORCIO PICHU, mediante su recurso de fecha 7 de Enero del 2016.

Segundo: La presente resolución forma parte integrante del laudo arbitral.

Notifíquese a las partes,


JOSE TALAVERA HERRERA

ARBITRO UNICO