

PROCESO ARBITRAL

Bernardette Giovana Mansilla Astorga

Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público - OSITRAN

LAUDO ARBITRAL DE DERECHO DICTADO EN EL ARBITRAJE SEGUIDO POR BERNARDETTE GIOVANA MANSILLA ASTORGA CON EL ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN EN INFRAESTRUCTURA DE TRANSPORTE DE USO PÚBLICO - OSITRAN, ANTE EL TRIBUNAL ARBITRAL INTEGRADO POR LOS DOCTORES: LUIS ENRIQUE AMES PERALTA, SUSANA VILLAVICENCIO MALTESSE Y FRANCISCO PEÑALOZA RIEGA.

RESOLUCIÓN N° 6

I. LUGAR Y FECHA DE EXPEDICIÓN.-

El presente Laudo Arbitral se expide en la ciudad de Lima a los 07 días del mes de setiembre de dos mil quince.

II. LAS PARTES.-

- **Demandante:** BERNARDETTE GIOVANA MANSILLA ASTORGA (en adelante la contratista o el demandante).
- **Demandado:** ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN EN INFRAESTRUCTURA DE TRANSPORTE DE USO PÚBLICO - OSITRAN (en adelante la Entidad o la demandada).

III. TRIBUNAL ARBITRAL

- | | |
|---------------------------------|----------------------------|
| - LUIS ENRIQUE AMES PERALTA | - Presidente del Tribunal. |
| - SUSANA VILLAVICENCIO MALTESSE | - Árbitro. |
| - FRANCISCO PEÑALOZA RIEGA | - Árbitro. |
| - FIORELLA VIVANCO MAZO | - Secretaria Arbitral. |

IV. TRAMITACIÓN DEL PROCESO ARBITRAL.-

1. EXISTENCIA DE UN CONVENIO ARBITRAL.

PROCESO ARBITRAL

Bernardette Giovana Mansilla Astorga

Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público - OSITRAN

El 02 de enero de 2014, el Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público – OSITRAN y el contratista BERNARDETTE GIOVANA MANSILLA ASTORGA, suscribieron el Contrato N° 001-2014-OSITTRAN, con la finalidad de contratar el Servicio de Mantenimiento Preventivo y Correctivo de los Equipos de Aire Acondicionado, por el periodo de trescientos sesenta y cinco (365) días calendarios.

En la Cláusula Décima Sexta de dicho contrato, se estableció que: “Cualquiera de las partes tiene derecho a iniciar el arbitraje administrativo a fin de resolver las controversias que se presenten durante la etapa de ejecución contractual dentro del plazo de caducidad previsto en los artículos 144, 170, 175, 176, 177 y 181 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado por Decreto Supremo N° 184-2008-EF, o, en su defecto, en el artículo 52 de la Ley de Contrataciones del Estado aprobada por Decreto Legislativo N° 1017.”

2. DESIGNACIÓN DE ÁRBITROS E INSTALACIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL.

Al haberse suscitado una controversia entre las partes, la CONTRATISTA, designó como árbitro a **FRANCISCO PEÑALOZA RIEGA** y LA ENTIDAD, a través de la Procuraduría Pública designó como árbitro a **SUSANA VILLAVICENCIO MALTESSE**; acordando ambos designar como Tercer miembro y Presidente del Tribunal Arbitral a **LUIS ENRIQUE AMES PERALTA**.

Con fecha 30 de enero de 2015, se instaló el Tribunal Arbitral. En dicha oportunidad, sus miembros declararon que han sido debidamente designados, conforme a lo dispuesto en el convenio arbitral contenido en la Cláusula Décima Sexta.

3. AUDIENCIA DE SANEAMIENTO PROCESAL, CONCILIACIÓN, FIJACIÓN DE PUNTOS CONTROVERTIDOS Y ADMISIÓN DE MEDIOS PROBATORIOS

Mediante Resolución N° 03, se citó a las partes para la Audiencia de Saneamiento Procesal, Conciliación, Fijación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios, la misma que se realizó el día 01 de julio de 2015.

3.1 SANEAMIENTO PROCESAL:

En ese sentido, el Tribunal Arbitral declara la existencia de una relación jurídica procesal válida entre las partes.

PROCESO ARBITRAL

Bernardette Giovana Mansilla Astorga

Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público - OSITRAN

3.2 CONCILIACIÓN:

El Tribunal Arbitral deja constancia de la inasistencia de la Contratista, con lo cual se imposibilitó llevar a cabo la conciliación; razón por la cual se procedió a fijar los puntos controvertidos; sin embargo, el Tribunal Arbitral expresó que la misma podría darse en cualquier estado del proceso.

3.3 PUNTOS CONTROVERTIDOS:

Antes de indicar los puntos controvertidos, el Tribunal Arbitral dejó constancia que al haberse establecido liquidaciones de honorarios separadas, la contratista no cumplió con el pago que le correspondía; por ello, se indicó que el proceso seguirá su trámite únicamente con la Reconvención; por lo tanto el Tribunal Arbitral no se pronunciaría sobre la demanda planteada por la Contratista ni la excepción de caducidad planteada por la Entidad, según lo señalado en el artículo 69º del Texto Único Ordenado del Reglamento del Sistema Nacional de Conciliación y Arbitraje del OSCE.

En ese sentido, el Tribunal Arbitral luego de revisar la reconvención y contestación de la reconvención presentadas por las partes, consideró que los puntos controvertidos del presente arbitraje eran los siguientes:

Reconvención:

- Determinar si corresponde el pago de la suma de S/. 30,000.00 (Treinta Mil y 00/100 Nuevos Soles) a favor del Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público – OSITRAN por parte de la Sra. Bernardette Giovana Mansilla Astorga correspondientes a:
 - a) **S/. 21,700.00:** monto que pagó OSITRAN en dos órdenes de servicio (Nos. 203 y 293 de fechas 05.03.14 y 15.04.14 y que es la suma de S/. 11,400.00 y S/. 10,300.00) monto que fuera desembolsado por OSITRAN a un tercero quien finalmente tuvo que realizar el trabajo que no realizó la contratista y que estaba obligada a hacerlo.
 - b) **S/. 8,300.00:** por concepto de indemnización por daños y perjuicios.

PROCESO ARBITRAL

Bernardette Giovana Mansilla Astorga

Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público - OSITRAN

4. AUDIENCIA DE INFORMES ORALES

El Tribunal Arbitral de conformidad con el artículo 48º del Texto Único Ordenado del Reglamento del Sistema Nacional de Arbitraje del OSCE, **citó a las partes a la Audiencia de Informes Orales para el día lunes 20 de julio de 2015 a las 04:00 p.m. y le otorgó a las mismas un plazo de cinco (05) días hábiles, contados a partir del día siguiente de suscrita la presente acta, para la presentación de alegatos.**

5. PLAZO PARA LAUDAR.

Mediante Resolución N° 4, de fecha 20 de julio de 2015, el Tribunal Arbitral fijó el plazo para laudar en veinte (20) días hábiles.

Mediante Resolución N° 5, de fecha 17 de agosto de 2015, según lo señalado en el artículo 49º del Texto Único Ordenado del Reglamento del Sistema Nacional de Conciliación y Arbitraje del OSCE, **se prorrogó en quince (15) días hábiles adicionales el plazo para laudar.**

V. LA RECONVENCIÓN.

1. La Entidad presentó su reconvención mediante escrito de fecha 26 de agosto del 2015, señalando las siguientes pretensiones:

- DETERMINAR SI CORRESPONDE EL PAGO DE LA SUMA DE S/. 30,000.00 (TREINTA MIL Y 00/100 NUEVOS SOLES) A FAVOR DEL ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN EN INFRAESTRUCTURA DE TRANSPORTE DE USO PÚBLICO – OSITRAN POR PARTE DE LA SRA. BERNARDETTE GIOVANA MANSILLA ASTORGA POR CONCEPTO DE INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS, CORRESPONDIENTES A:
 - a) S/. 21,700.00: MONTO QUE PAGÓ OSITRAN EN DOS ÓRDENES DE SERVICIO (Números 203 Y 293 DE FECHAS 05.03.14 Y 15.04.14 Y QUE ES LA SUMA DE S/. 11,400.00 Y S/. 10,300.00) MONTO QUE FUERA DESEMBOLSADO POR OSITRAN A UN TERCERO QUIEN FINALMENTE TUVO QUE REALIZAR EL TRABAJO QUE NO REALIZÓ LA CONTRATISTA Y QUE ESTABA OBLIGADA A HACERLO.
 - b) S/. 8,300.00: POR CONCEPTO DE INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS.

PROCESO ARBITRAL

Bernardette Giovana Mansilla Astorga

Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público - OSITRAN

2. La Entidad amparó sus pretensiones, en lo siguiente:

- 2.1. Como consecuencia de la incapacidad e inefficiencia del servicio prestado por la contratista BERNARDETTE GIOVANA MANSILLA ASTORGA, resulta importante resaltar que desde un inicio dicha persona incumplió con sus obligaciones contenidas y derivadas del **Contrato N° 001-2014-OSITRAN que tenía como objeto el “Servicio de Mantenimiento Preventivo y Correctivo de los Equipos de Aire Acondicionado”**, toda vez que **luego que la contratista realizara las actividades de mantenimiento preventivo en cuatro (04) equipos de aire acondicionado que funcionaban con total normalidad antes del referido mantenimiento, los usuarios reportaron su inoperatividad luego que los técnicos de la contratista manipularan los mismos.**
- 2.2. Se debe señalar; además, que no obstante que el área de Servicios Generales de OSITRAN estuvo constantemente tratando de comunicarse con la contratista, ésta no brindó la asistencia técnica inmediata; y, cuando finalmente llegó a OSITRAN, **NO reparó los equipos de aire acondicionado, ya que atribuyó las fallas de éstos, a causas no relacionadas a los equipos de aire acondicionado, sin precisar cuáles eran las mismas.**
- 2.3. Los cuatro (4) equipos a que hacemos referencia, eran los siguientes:
- El equipo de aire acondicionado de la Oficina del Gerente de Supervisión y Fiscalización.
 - El equipo de aire acondicionado de la Oficina del Gerente de Asesoría Jurídica.
 - El equipo de aire acondicionado de la Oficina del Jefe del Órgano de Control Institucional (OCI)
 - El equipo de aire acondicionado del Archivo ubicado en el Sótano de OSITRAN.
- 2.4. Dado el reclamo incessante de las áreas usuarias (Gerencia de Supervisión y Fiscalización, Gerencia de Asesoría Jurídica así como la Oficina de Control Institucional) por la reparación de los equipos de aire acondicionado, ya que en dichas oficinas no existe ventilación -más aún en la temporada de verano que se encontraban atravesando en aquél entonces, **LA SUPERVISIÓN I DE LOGÍSTICA Y COMPRAS DECIDIÓ CONTRATAR A UNA TERCERA PERSONA PARA QUE ARREGLARA LOS EQUIPOS DE AIRE ACONDICIONADO.**

PROCESO ARBITRAL

Bernardette Giovana Mansilla Astorga

Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público - OSITRAN

- 2.5. La contratación de una tercera persona para el arreglo de los equipos de aire acondicionado se efectuó mediante las Órdenes de Servicio N° 203 y 293 de fechas 05 de marzo y 15 de abril de 2014 respectivamente, **servicio este último que fue cumplido satisfactoriamente por el señor Luis Ángel Torero Turín**, a quien se le otorgó la conformidad del servicio, lo que significó que la entidad efectuara un gasto ascendente a S/ 21,700.00 (Veintiún Mil Setecientos y 00/100 Nuevos Soles); monto que **OSITRAN SE VIO EN LA NECESIDAD DE PAGAR YA QUE TUVO QUE CONTRATAR A UNA TERCERA PERSONA PARA REPARAR LOS TRES (3) EQUIPOS DE AIRE ACONDICIONADO, SERVICIO QUE DEBIÓ CUMPLIR LA CONTRATISTA, PERO NO LO HIZO.**
- 2.6. En efecto, la incapacidad del contratista para cumplir con reparar los equipos de aire acondicionado antes mencionados, contravino el finalidad para la que fue contratada, ya que mediante el servicio prestado, éste debía garantizar que los equipos de aire acondicionado funcionaran en las condiciones adecuadas y de manera ininterrumpida¹, situación que no se dio en los hechos, más aún si se tiene en cuenta que fueron los propios técnicos del contratista quienes dejaron inoperativos los equipos de aire acondicionado luego de manipularlos.
- 2.7. De esta manera, queda demostrado que **LOS MENCIONADOS EQUIPOS DE AIRE ACONDICIONADO SÍ TENÍAN UNA SOLUCIÓN PARA REPARARLOS - contrariamente a lo señalado por la contratista-, lo que evidencia que dicho CONTRATISTA NO TUVO LA CAPACIDAD NECESARIA PARA REPARARLOS, razón por la cual NO BRINDÓ LA ASISTENCIA TÉCNICA QUE OSITRAN REQUIRIÓ, causándoles un menoscabo al tener que contratar a una tercera persona para que realice la reparación de los mencionados equipos; menoscabo que sin dudas debe ser reparado o indemnizado.**

VI. CONTESTACIÓN DE RECONVENCIÓN:

El Contratista manifiesta lo siguiente:

¹ Bases Integradas de ADS N° 025-2013-OSITRAN, Capítulo III Términos de Referencia y Requerimientos Técnicos Mínimos: Numeral III. Descripción del Servicio: El presente servicio permitirá garantizar que los equipos de Aire Acondicionado funcionen en las condiciones adecuadas y de manera ININTERRUMPIDA.

PROCESO ARBITRAL

Bernardette Giovana Mansilla Astorga

Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público - OSITRAN

La entidad indica que ha tenido que contratar los servicios de terceros para el mantenimiento de 03 equipos de aire acondicionado y la entidad ha emitido órdenes de servicio Nº 203 y 293 con fecha 05/03/2014 y 15/04/2014 por lo que procedemos a observar dichas contrataciones:

En la Orden de Servicio Nº 00203 con fecha 05/03/2014, otorgada a TORERO TURIN, LUIS ANGEL, se denota claramente que el servicio que la OSITRAN solicita es **LA INSTALACIÓN DE EQUIPOS DE AIRE ACONDICIONADO**, línea abajo a modo de descripción sin criterio lógico trata de confundir la descripción **AÑADIENDO REPARACIÓN COMPLETA E INSTALACIÓN DE AIRES ACONDICIONADOS**, cabe aclarar que los aires no se reparan ni se instalan, dándole un criterio lógico a la presente Orden de Servicio, el servicio principal es **LA INSTALACIÓN DE EQUIPOS DE AIRE ACONDICIONADO DONDE NO SE INDICA CUANTOS EQUIPOS SE VAN A INSTALAR NI LO QUE SE VA A REALIZAR CONCRETAMENTE, ACLARO CATEGORICAMENTE QUE MI EMPRESA NO HA FIRMADO CONTRATO CON OSITRAN PARA LA INSTALACIÓN DE EQUIPOS DE AIRE ACONDICIONADO.**

Con esta Orden de Servicio, de fecha 05/03/2014 se demuestra que OSITRAN, ésta actuando con mala fe, porque en la fecha que se extiende la Orden de Servicio Nº 00203, mi empresa se encuentra proceso de Levantamiento de Observaciones, y la Entidad se encontraba manipulando los equipos con terceras personas y luego solicitando a mi representada la reparación de equipos supuestamente malograda por los técnicos que fueron asignados para realizar los trabajos de mantenimiento, tal como lo mostramos en la foto que tomamos cuando nos apersonamos para levantar las observaciones y hacemos notar a la Entidad que uno de los equipos no funcionaba por mala instalación de los equipos ya que estos habían sido reubicados, y la empresa que realizo el servicio hizo mal la conexión eléctrica, tal como lo demostramos con las fotos tomadas a los equipos. Motivo por el cual mi empresa no puede reconocer ningún tipo de garantías al servicio que hemos realizado.

En la Orden de Servicio Nº 00293 con fecha 15/04/2014, otorgada a TORERO TURIN, LUIS ANGEL, se denota claramente que el servicio que la OSITRAN solicita es **EL MANTENIMIENTO DE EQUIPOS DE AIRE ACONDICIONADO ESTE SERVICIO ESTA AÚN EN CONTROVERSIAS POR EL LEVANTAMIENTO DE LAS OBSERVACIONES**, línea abajo a modo de descripción **AÑADE REPARACIÓN DE EQUIPOS DE AIRE ACONDICIONADO**

PROCESO ARBITRAL

Bernardette Giovana Mansilla Astorga

Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público - OSITRAN

EN LAS DIFERENTES ÁREAS DEL OSITRAN, más abajo detalla trabajos a realizar:

Equipos de aire acondicionado – ducto (UBICADO EN LOGISTICA), marca Lenox/capacidad 60000 btu/hr

Cambio de motor ventilador del condensador (mi empresa se adjudicó la Buena Pro y firmo un contrato para el mantenimiento de los equipos de aire acondicionado no de suministrar accesorios)

Reubicación de la unidad condensadora, sistema eléctrico y drenaje e instalación (mi empresa se adjudicó la Buena Pro y firmo un contrato para el mantenimiento de los equipos de aire acondicionado, no para realizar reubicación de equipos, menos aún la reubicación del sistema eléctrico, así como la instalación)

En equipo de aire acondicionado – Split decorativo (UBICADO EN OCI)

Marca Midea y Cold Point /capacidad 12000 btu/hr – 24000 btu/hr

Reparación de motor ventilador y mantenimiento general a ambos equipos (mi empresa se adjudicó la Buena Pro y firmo un contrato para el mantenimiento de los equipos de aire acondicionado)

Equipo de aire acondicionado – ducto (UBICADO EN ORI)

Marca Lenpx / capacidad 60000 btu/hr

Mantenimiento general y cambio de enchaquetado de ductos, instalación de filtro de malla (mi empresa se adjudicó la Buena Pro y firmo un contrato para el mantenimiento de los equipos de aire acondicionado)

Independización de Sistema Eléctrico de Aire Acondicionado (ubicado GRE, gerente GAL y GSF) (mi empresa se adjudicó la Buena Pro y firmo un contrato para el mantenimiento de los equipos de aire acondicionado, **en este caso se realizan independizaciones del sistema eléctrico**, además esto nos demuestra que sus equipos de aire acondicionado antes de nuestra intervención presentaban problemas por mala instalación del sistema eléctrico no lo decimos nosotros lo afirma la Entidad con esta Orden de Servicio).

Esta Orden de Servicio N° 00293 con fecha 15/04/2014, evidencia que los equipos de aire acondicionado presentaban problemas, con los motores

PROCESO ARBITRAL

Bernardette Giovana Mansilla Astorga

Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público - OSITRAN

eléctricos, mala instalación del sistema eléctrico, mala instalación de las unidades condensadoras, no como OSITRAN ha venido afirmando y culpando a nuestro trabajo cuando realizamos el mantenimiento de sus equipos de aire acondicionado.

Asimismo, con la presente adjunto una serie de cotizaciones de diferentes empresas reconocidas en el mercado nacional que demuestran que la Orden de Servicio N° 00293 con fecha 15/04/2014 esta sobre valorada.

En el expediente N° S-098-2014, Escrito N° 01 en la página 54, fila 21, 22, 23 24, 25; señala que con las Órdenes de Servicio N° 203 y 293 de fechas 5 de marzo y 15 de abril de 2014, se solucionó el problema de 4 equipos de aire acondicionado, como hemos detallado anteriormente los servicios que se han realizado con estas Órdenes de Servicio, no tienen relación con el servicio por la que mi empresa firmo contrato con OSITRAN, porque los servicios que se describen son muy diferentes al servicio de mantenimiento preventivo y correctivo de los equipos de aire acondicionado correctivos que se iban a realizar cuando la entidad nos proporcionara todo lo necesario para la ejecución del servicio ya que mi representada se encargaba solo de la mano de obra según los Términos de Referencia que se encontraban en las bases del Proceso de Licitación.

Mi representada en ningún momento indica que no se pueden reparar se indica que los costos de reparación iban ser muy costosas en relación de que estas fueran reemplazadas por nuevos equipos de aire acondicionado. Esto no demuestra ineeficiencia ni incapacidad de nuestra parte muy por el contrario en el caso de OSITRAN, que se demuestra de parte de ellos malversación de fondos. Todos los ciudadanos peruanos estamos en la obligación de salvaguardar, proteger y ahorrar el erario nacional, porque el dinero que se maneja es de todos los peruanos cosa que no entienden los funcionarios de OSITRAN y han gastado sobrevalorada mente para la reparación de los 04 equipos de aire acondicionado según ellos manifiestan en el expediente N° S-098-2014, Escrito N° 01 en la página 54, fila 21, 22, 23 24, 25; señala que con las Órdenes de Servicio N° 203 y 293 de fechas 5 de marzo y 15 de abril de 2014, se solucionó el problema de 4 equipos de aire acondicionado, junto a esto adjunto la cotización de empresas reconocidas en el mercado nacional para la comparación de lo que se ha gastado en relación con lo

PROCESO ARBITRAL

Bernardette Giovana Mansilla Astorga

Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público - OSITRAN

que realmente se debería de haber invertido para la solución de los 04 equipos, resaltando claro está que los servicios realizados con las órdenes de Servicio N° 203 y 293 de fechas 5 de marzo y 15 de abril de 2014, no tiene relación alguna con el servicio que mi empresa presta a OSITRAN.

Por lo tanto, debe declararse infundada la pretensión de pago por indemnización por daños y perjuicios la suma de S/. 30,000.00 nuevos soles.

VII. CONSIDERANDO:

VII.1 CUESTIONES PRELIMINARES:

1. Antes de analizar la materia controvertida, corresponde confirmar lo siguiente: (i) que el Tribunal Arbitral se constituyó de acuerdo al convenio arbitral suscrito por las partes; (ii) que en ningún momento alguno se impugnó o cuestionó las disposiciones de procedimiento dispuestas en el Acta de Instalación; (iii) que la CONTRATISTA presentó su escrito de demanda dentro del plazo previsto; (iv) que la Entidad fue debidamente emplazado con la demanda, contestó ésta, dedujo excepción de caducidad y planteó la reconvención, ejerciendo plenamente su derecho de defensa; (v) que, la CONTRATISTA absolvio la excepción y reconvención planteada; (vi) el Tribunal Arbitral deja constancia que al haberse establecido liquidaciones de honorarios separadas, la contratista no cumplió con el pago que le correspondía; por ello, se indicó que el proceso seguiría su trámite únicamente con la Reconvención; por lo tanto, el Tribunal Arbitral no se pronunciará sobre la demanda planteada por la Contratista ni la excepción de caducidad planteada por la Entidad, según lo señalado en el artículo 69º del Texto Único Ordenado del Reglamento del Sistema Nacional de Conciliación y Arbitraje del OSCE. (vii) que las partes tuvieron plena oportunidad para ofrecer y actuar todos sus medios probatorios; (viii) que el Tribunal Arbitral ejerce función jurisdiccional; y, como tal no se encuentra subordinado a autoridad administrativa, ejerciendo sus competencias de conformidad con la legislación aplicable y; (ix) que, el Tribunal Arbitral lauda dentro del plazo que corresponde a las reglas de este proceso.

2. De otro lado, el Tribunal Arbitral deja constancia que en el estudio, análisis y deliberación del presente arbitraje se han tenido en cuenta todos los argumentos y las alegaciones efectuadas por las partes, así como todos los medios probatorios aportados, haciendo un análisis y una valoración en conjunto de los mismos, de manera que la no referencia a un argumento o a una prueba no supone que no haya sido tomado en cuenta para su decisión.

PROCESO ARBITRAL

Bernardette Giovana Mansilla Astorga

Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público - OSITRAN

VII.2 NORMATIVA APLICABLE:

1. De manera previa al análisis de las materias a resolver en este arbitraje, el Tribunal Arbitral considera necesario delimitar las normas aplicables, considerando las discrepancias suscitadas entre las partes, en relación a este tema.
2. Desde el punto de vista sustantivo, teniendo en consideración la fecha de convocatoria del proceso de selección respecto de la cual se deriva el CONTRATO celebrado entre las partes, la norma aplicable es la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado mediante Decreto Legislativo N° 1017 (en adelante LEY o la LCE) modificada por la Ley N° 29873 y su Reglamento aprobado mediante Decreto Supremo N° 184-2008-EF (en adelante REGLAMENTO o el RCE) modificado por el Decreto Supremo N° 021-2009-EF y el Decreto Supremo N° 138-2012-EF.

VII.3 ASPECTOS GENERALES DE LA MATERIA A ANALIZAR:

1. Podemos definir, de modo general y amplio que, desde el punto de vista subjetivo, el régimen de contrataciones pública regido por la LCE comprende la totalidad de entidades públicas, incluidas las empresas estatales y dentro de ellas las empresas mixtas en las que se mantenga el control público de sus decisiones, así como los diversos fondos, sociedades de beneficencia y juntas de participación social. Ello involucra una posición totalizadora del Legislador, que ha optado por eliminar cualquier posible resquicio respecto al ámbito de aplicación de dicho régimen, de modo tal que en los hechos no existe administración alguna, que pueda sostener per se su exclusión del régimen de contrataciones del Estado².
2. Como contraparte del ámbito subjetivo de aplicación del régimen de la LCE, tenemos a su vez, su ámbito objetivo, es decir el conjunto de contrataciones que se encuentran dentro de sus alcances, puesto que si bien todas las entidades públicas (o simplemente entidades como

² Este hecho en su momento constituyó un cambio dramático en el modo de afrontar las contrataciones y adquisiciones del Estado, puesto que con anterioridad a la Ley N° 26850 del 27 de julio de 1997, que aprobó el texto original de la anterior Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, existía en el Perú un régimen disperso y desconcentrado, en el que existía normativa distinta para los casos de obras, consultorías de obras, servicios y bienes, siendo que dentro de estos últimos supuestos resultaba paradigmático el caso de las empresas estatales, las que estaban sometidas a sus propias disposiciones internas, que no siempre resultaban igualmente accesibles, de facto, entre los potenciales proveedores del mercado en su conjunto. Es justamente en el ámbito de las empresas estatales donde se da aún la mayor tensión entre las disposiciones aplicables a todas las entidades estatales y las propias necesidades de un mercado en competencia, tal como ocurrió que con el caso de Petróleos del Perú S.A. – PETROPERU S.A., que obtuvo un régimen privativo especial para seleccionar al postor merecedor de la Buena Pro, pero siempre engarzado en las normas generales del régimen común, al igual que las Cajas Municipales a partir del ejercicio presupuestal 2010.

PROCESO ARBITRAL

Bernardette Giovana Mansilla Astorga

Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público - OSITRAN

las llama la LCE) están sujetas a su ámbito, ello no implica que todos los contratos que suscriban sigan igual suerte. Todo depende, en estricto, de la materia contractual involucrada.

3. Esto quiere decir, que en principio toda contratación efectuada por una institución considerada estatal con cargo a recursos, debería hacerse bajo un régimen y procedimiento especial, que se ha denominado en el Perú como Régimen de Contratación Estatal, regido para efectos del presente caso arbitral por el Decreto Legislativo N° 1017 y su Reglamento, aprobado mediante el Decreto Supremo N° 184-2008-EF y sus normas modificatorias y complementarias.
4. El sustento constitucional para dicha obligación, es el artículo 76º de la Constitución Política del Estado, en cuanto establece que “Las obras y la adquisición de suministros con utilización de fondos o recursos públicos se ejecutan obligatoriamente por contratación y licitación pública, así como también la adquisición o la enajenación de bienes”, agregando la parte final de dicha disposición que corresponde a la ley establecer el procedimiento, las excepciones y las respectivas responsabilidades³.

El contrato en general

5. En la relación contractual existe un conjunto de obligaciones que rigen tanto para la parte privada o contratista, como también para la parte estatal. Manuel de la Puente y Lavalle⁴ expresa sobre el particular que la obligatoriedad del contrato es la fuerza que obliga a tal cumplimiento, siendo que, el contrato como categoría general es obligatorio sea un contrato de derecho privado o público, pues en ambos casos ocurre exactamente lo mismo: “*un acuerdo de declaraciones de voluntad para crear, regular, modificar o extinguir entre las*

³ Al respecto, cabe traer a colación la sentencia del Tribunal Constitucional en el acápite 12 de los Fundamentos de la sentencia recaída en el Expediente N° 020-2003-AL/TC³, que al referirse al objeto del artículo 76º de la Constitución Política, relativo a la constitucionalidad de dicho régimen, sostiene que: “La función constitucional de esta disposición es determinar y, a su vez, garantizar que las contrataciones estatales se efectúen necesariamente mediante un procedimiento peculiar que asegure que los bienes, servicios u obras se obtengan de manera oportuna, con la mejor oferta económica y técnica, y respetando principios tales como la transparencia en las operaciones, la imparcialidad, la libre competencia y el trato justo e igualitario a los potenciales proveedores. En conclusión, su objeto es lograr el mayor grado de eficiencia en las adquisiciones o enajenaciones efectuadas por el Estado, sustentado en el activo rol de principios antes señalados (...)" (El subrayado es nuestro).

⁴ DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. El Contrato en General. Vol. XI, Primera Parte, Tomo I, Lima, 1991, pág. 360

PROCESO ARBITRAL

Bernardette Giovana Mansilla Astorga

Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público - OSITRAN

partes una relación obligacional de carácter patrimonial. Asimismo, en uno y otro Derecho (público y privado) el contrato es obligatorio en cuanto se haya expresado en él”.

6. En general, incluyendo el caso de los contratos en los que participa como parte el Estado (para adquirir o contratar según el caso un bien, un servicio o la ejecución de una obra), estos tienen como característica ser uno de prestaciones recíprocas; es decir, un contrato en el cual las partes que lo celebran son deudoras y acreedoras la una de la otra, con independencia de la cantidad de prestaciones a las que cada una de ellas se obliga frente a la otra, es decir, son aquellas en los que los beneficios o ventajas que las partes pretenden lograr a través de la celebración y ejecución del contrato son recíprocos.
7. Sobre el particular De la Puente y Lavalle⁵ señala que “Basta que los contratantes acuerden, mediante el consentimiento, que existen obligaciones vinculadas entre sí por ese mismo consentimiento, para que en virtud de la fuerza obligatoria que la ley concede al contrato, la obligación de un contratante sea correlativa a la obligación del otro y corran paralelas durante toda la vida del contrato, de tal manera que si una de ellas deja de cumplirse se pierde ese paralelismo, o al menos hay peligro de que se pierda, por lo cual el remedio es el dejar la otra parte de estar obligada por su obligación correlativa, con lo cual se recupera el equilibrio perdido”.
8. Adicionalmente a las características de los contratos, en los casos en los que una de las partes sea la Administración, deberán tenerse en cuenta las disposiciones contenidas en el régimen de contratación estatal, es decir principalmente en la Ley y su Reglamento. En estos casos, las disposiciones civiles serán únicamente supletorias en defecto de la norma de contratación pública u otras normas de Derecho Público, debiendo primar la normativa específica, tal como se detallará en el acápite siguiente.

El Contrato Administrativo en especial

9. En el caso de los contratos en los que sea parte una entidad estatal y que se celebren para adquirir un bien, contratar un servicio o la ejecución de una obra, existen disposiciones especiales que le dan un carácter especial, tanto desde el punto de vista formal (necesidad de forma escrita), como sustancial (cláusulas obligatorias y prerrogativas especiales) que en estricto desigualan a las partes y constituyen, en los hechos, una suerte de contrato de

⁵ DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. Estudios del contrato privado. Cultural Cuzco S.A. editores, Lima 1983. Tomo I. Pág. 477.

PROCESO ARBITRAL

Bernardette Giovana Mansilla Astorga

Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público - OSITRAN

adhesión en el cual el marco de negociación de las partes es limitado, dentro de los propios lineamientos establecidos en la respectiva normativa, las Bases del procesos y en los márgenes dentro de los cuales se puede tener por válida una propuesta y por subsistente un contrato.

10. Así, el artículo 142º del Reglamento aplicable, establece que:

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

El contrato es obligatorio para las partes y se regula por las normas de este Título. Los contratos de obras se regulan, además, por el Capítulo III de este Título. En lo no previsto en la Ley y el presente Reglamento, son de aplicación supletoria las normas de derecho público y, sólo en ausencia de éstas, las de derecho privado”.

11. En este esquema, no puede negarse que existe una preeminencia de la parte estatal, que establece las condiciones de la convocatoria, los requerimientos técnicos mínimos y las propias Bases integradas a las que debe someterse todo postor que desee optar por la Buena Pro del proceso de selección convocado. No obstante, aún bajo dicho marco desigual, existen garantías o normas mínimas de protección para la parte privada, como lo vienen a ser los silencios positivos – incluida la aprobación de ampliaciones de plazo, la solución vía arbitral de las potenciales controversias entre las partes y, la propia presunción de licitud de los actos de la Administración, de modo tal que emitidos estos, el Contratista pueda tener la relativa certeza de su validez y permanencia en el tiempo.

12. Debe tenerse en cuenta que, en estos casos, la vinculación de la entidad con el otro, así como la relación de derechos y deberes que nacen como consecuencia de ello, no nacen de un acto unilateral, sea este un acto administrativo o un acto reglamentario, sino por el contrario, de un acto bilateral, en el que existe una conjunción de voluntades entre la entidad susceptible de ser considerada administración pública y su contraparte privada, pero delimitando dicha voluntad común a un conjunto de prerrogativas de la Administración y garantías que se otorga a quienes actúan como su contraparte contractual.

13. Por los primeros, la entidad sigue actuando con prerrogativas unilaterales bajo condiciones preestablecidas – tal y como ocurre con la aprobación de adicionales, con la nulidad

PROCESO ARBITRAL

Bernardette Giovana Mansilla Astorga

Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público - OSITRAN

administrativa del contrato o la aprobación de reducciones, mientras que por los segundos se establece como contraparte, un mínimo establecido por el Estado como aceptable, para un adecuado funcionamiento del mercado en el que participa como contraparte contractual – tal y como ocurre con la cláusula arbitral para la solución de controversias y la aprobación de sus solicitudes en los casos en los cuales la LCE o el Reglamento le da valor afirmativo al silencio que se genere en el contrato, como ya se ha mencionado.

14. En este sentido, tales cláusulas tienen una doble función: por un lado, velar por el adecuado uso de los recursos públicos, pero por otro, otorgar la suficiente predictibilidad del contratista, que le permita conocer los alcances de sus obligaciones y prerrogativas.

VII.4 SOBRE LAS MATERIAS A SER RESUELTA EN EL PRESENTE LAUDO ARBITRAL

1. El punto controvertido al que se refiere el presente caso arbitral, está referido al pago de la suma de S/. 30,000.00 (Treinta Mil y 00/100 Nuevos Soles) a favor del Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público – OSITRAN por parte de la Sra. Bernardette Giovana Mansilla Astorga correspondientes a:
 - a) **S/. 21,700.00:** monto que pagó OSITRAN en dos órdenes de servicio (Nos. 203 y 293 de fechas 05.03.14 y 15.04.14 y que es la suma de S/. 11,400.00 y S/. 10,300.00) monto que fuera desembolsado por OSITRAN a un tercero quien finalmente tuvo que realizar el trabajo que no realizó la contratista y que estaba obligada a hacerlo.
 - b) **S/. 8,300.00:** por concepto de indemnización por daños y perjuicios.
2. En el tercer párrafo del Informe N° 001-2014-FMC-LOG-GAF-OSITRAN, de fecha 14 de enero de 2014, el señor Flavio Moran Cardenas (Apoyo de Servicios Generales) comunicó a la señora Monica Isabel Meza Anglas (Supervisor I de Logística y Compras (e)) lo siguiente:
“A partir del martes 7 de enero del 2014, los usuarios del OSITRAN reportaban fallas en los equipos de aire acondicionado que previamente fueron manipulados por el proveedor, algunos de estos equipos según los usuarios funcionaban perfectamente.”

PROCESO ARBITRAL

Bernardette Giovana Mansilla Astorga

Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público - OSITRAN

3. En el punto 2.2. de los antecedentes del Informe N° 018-2014-LOGISTICA-OSITRAN, de fecha 24 de enero de 2014, la señora Monica Isabel Meza Anglas (Supervisor I de Logística y Compras (e)) comunicó a la señora Mariela Alvarez Muñoz (Gerente de Administración y Finanzas) que: *“Del 06 al 11 de enero de 2014, los técnicos del contratista se acercaron a las Instalaciones de OSITRAN, a fin de iniciar el mantenimiento correspondiente; sin embargo, diversas oficinas de esta Entidad señalaron que varios equipos de aire acondicionado que estaban funcionando antes de la manipulación efectuada por dichos técnicos, en estos momentos se encuentran inoperativos. Es necesario señalar, que el 11 de enero de 2014, el contratista no culmino con el servicio de mantenimiento, pese a los constantes requerimientos de esta Entidad (OSITRAN).”*
 4. En el punto 4 del Acta de Observaciones del Contrato N° 001-2014-OSITRAN (“SERVICIO DE MANTENIMIENTO PREVENTIVO Y CORRECTIVO DE LOS EQUIPOS DE AIRE ACONDICIONADO”), el señor FLAVIO MORAN CÁRDENAS (Asistente de Servicios Generales de OSITRAN) señaló lo siguiente: *“En el mes de enero de 2014, los técnicos del Contratista se acercaron a las Instalaciones de OSITRAN, a fin de iniciar el mantenimiento correspondiente; sin embargo, diversas oficinas de esta Entidad señalaron que varios equipos de aire acondicionado que estaban funcionando antes de la manipulación efectuada por dichos técnicos, en estos momentos se encuentran inoperativos; dichos equipos son los siguientes:*
- 4.1 *El equipo de aire acondicionado de la Oficina del Gerente de Supervisión y Fiscalización.*
 - 4.2 *El equipo de aire acondicionado de la Oficina del Gerente de Asesoría Jurídica.*
 - 4.3 *El equipo de aire acondicionado de la Oficina del Jefe del Órgano de Control Institucional. (OCI)*
 - 4.4. *El equipo de aire acondicionado del Archivo ubicado en el Sótano de OSITRAN.”*

PROCESO ARBITRAL

Bernardette Giovana Mansilla Astorga

Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público - OSITRAN

5. En la Nota N° 01-14-SG-LOG-GAF-OSITRAN, de fecha 25 de febrero de 2014, el señor FLAVIO MORAN CÁRDENAS (Asistente de Servicios Generales de OSITRAN) comunicó a la señora Monica Isabel Meza Anglas (Supervisor I de Logística y Compras (e)) que: “*En el mes de enero de 2014, los técnicos del Contratista se acercaron a las Instalaciones de OSITRAN, a fin de iniciar el mantenimiento correspondiente; sin embargo, diversas oficinas de esta Entidad señalaron que varios equipos de aire acondicionado que estaban funcionando antes de la manipulación efectuada por dichos técnicos, en estos momentos se encuentran inoperativos; dichos equipos son los siguientes:*

- 4.1 El equipo de aire acondicionado de la Oficina del Gerente de Supervisión y Fiscalización.*
- 4.2 El equipo de aire acondicionado de la Oficina del Gerente de Asesoría Jurídica.*
- 4.3 El equipo de aire acondicionado de la Oficina del Jefe del Órgano de Control Institucional. (OCI)*
- 4.4. El equipo de aire acondicionado del Archivo ubicado en el Sótano de OSITRAN. Cabe resaltar, que dichos equipos que se encuentran inoperativos luego de la manipulación por parte de dichos técnicos, deben ser reparados por el Contratista.”*

6. En el Informe N° 004-A-2014-SG-LOG-GAF-OSITRAN, de fecha 20 de mayo de 2014, el señor FLAVIO MORAN CÁRDENAS (Asistente de Servicios Generales de OSITRAN) comunicó a la señora Monica Isabel Meza Anglas (Supervisor I de Logística y Compras (e)) lo siguiente:

“(...)

- 3. El 07 de enero de 2014, los usuarios de OSITRAN reportaban fallas en los equipos de aire acondicionado que previamente fueron manipulados por el contratista, algunos de estos equipos, según los propios usuarios, funcionaban perfectamente.*
- 4. El 08 de enero de 2014, los técnicos del contratista continuaron con el mantenimiento, esta vez a los equipos de aire acondicionado que pertenecen a las*

oficinas de la Gerencia de Asesoría Jurídica y a la Gerencia de Regulación y Estudios Económicos.

5. *El 09 de enero de 2014, las gerencias mencionadas en el numeral anterior, señalaron que los equipos no prendían y de esta manera se llamó repetidamente al contratista, y es así como sus técnicos se acercaron en la fecha indicada, sin embargo no repararon los equipos antes mencionados, aduciendo que no era un problema de aire acondicionado.”*
7. La cláusula décimo cuarta del Contrato N° 001-2014-OSITRAN que tenía como objeto el “Servicio de Mantenimiento Preventivo y Correctivo de los Equipos de Aire Acondicionado” señala lo siguiente:

“Cuando una de las partes no ejecute injustificadamente las obligaciones asumidas, debe resarcir a la otra parte por los daños y perjuicios ocasionados, a través de la indemnización correspondiente. Ello no obsta la aplicación de las sanciones administrativas, penales y pecuniarias a que dicho incumplimiento diere lugar, en el caso que estas correspondan.

Lo señalado precedentemente no exime a ninguna de las partes del cumplimiento de las demás obligaciones previstas en el presente contrato.”

8. El capítulo 5 de las Bases Integradas de la ADS N° 025-2013-OSITRAN-SERVICIO DE MANTENIMIENTO PREVENTIVO Y CORRECTIVO DE LOS EQUIPOS DE AIRE ACONDICIONADO, establece: LA PROFORMA DE CONTRATO, mediante el cual se establece en la cláusula DECIMO SEXTA, lo siguiente:

PROCESO ARBITRAL

Bernardette Giovana Mansilla Astorga

Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público - OSITRAN

CLÁUSULA DÉCIMO SEXTA: RESPONSABILIDAD DE LAS PARTES:

“Cuando una de las partes no ejecute injustificadamente las obligaciones asumidas, debe resarcir a la otra parte por los daños y perjuicios ocasionados, a través de la indemnización correspondiente. Ello no obsta la aplicación de las sanciones administrativas, penales y pecuniarias a que dicho incumplimiento diere lugar, en el caso que estas correspondan.

Lo señalado precedentemente no exime a ninguna de las partes del cumplimiento de las demás obligaciones previstas en el presente contrato.”

9. Mediante las Ordenes de Servicio N° 203 de fecha 05/03/2014, por el monto de S/. 11,400.00 Nuevos Soles y la N° 293 de fecha 15/04/2014, por el monto de S/. 10,300.00 Nuevos Soles; la Entidad contrata a un tercero para reparar los equipos de aire acondicionado en las diferentes áreas de OSITRAN; los cuales habían sido manipulados previamente por los trabajadores de la contratista; cabe precisar, que ambas Ordenes de Servicio suman un total de S/. 21,700.00 Nuevos Soles.

10. La Entidad formuló el requerimiento de indemnización en función al daño causado que le generó el hecho de haber suscrito un contrato de ejecución continuada por el periodo de 365 días; y, éste no haya llegado a su término y haya sido interrumpido no por causa propia sino por incumplimiento de las obligaciones contractuales por parte del Contratista, hecho que motivó que procediera a resolver el Contrato.

11. El artículo 44º de la Ley de Contrataciones del Estado, establece que:
“Cuando se resuelva el contrato por causas imputables a alguna de las partes, se deberá resarcir los daños y perjuicios ocasionados”.

12. En ese contexto, conviene realizar el siguiente análisis: en el ámbito de la responsabilidad civil se pueden distinguir dos tipos: la responsabilidad civil contractual y la responsabilidad

PROCESO ARBITRAL

Bernardette Giovana Mansilla Astorga

Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público - OSITRAN

civil extracontractual, las cuales se diferencian principalmente en que en el primer caso el daño es consecuencia del incumplimiento de una obligación contractual y en el otro caso el daño es producto del incumplimiento del deber jurídico genérico de no causar daño a los demás.

13. En el caso materia de litis, al estar dentro de los parámetros contractuales, tenemos que analizar el pedido de la Entidad desde la óptica de la responsabilidad civil de tipo contractual.

14. La naturaleza jurídica de la responsabilidad civil contractual está relacionada con el aspecto fundamental de indemnizar los daños ocasionados como consecuencia del incumplimiento de una obligación contractual. Así, el Código Civil vigente llama a esta responsabilidad civil contractual, responsabilidad derivada de la inejecución de obligaciones.

15. Por su parte, de acuerdo con la doctrina especializada⁶, para la configuración de los supuestos de responsabilidad civil contractual, se deben dar los siguientes requisitos de manera concurrente: **Antijuricidad, el daño causado, la relación de causalidad y los factores de atribución**. La ausencia de cualquiera de estos requisitos significa la ausencia de un supuesto de responsabilidad civil contractual.

16. En este orden de ideas, para poder determinar la existencia de un supuesto de indemnización por responsabilidad contractual, la Entidad debe probar la existencia de todos estos requisitos.

17. Es de verse que, del análisis de la fundamentación hecha por la Entidad, se advierte con claridad el cumplimiento de los requisitos anteriormente enunciados, por lo que el Tribunal Arbitral tiene la certeza de que el pedido de indemnización por concepto de resarcimiento de daño patrimonial está debidamente sustentado. Por lo cual, analizaremos cada uno de los elementos que se requieren para que la indemnización solicitada sea otorgada, los mismos que a modo de ilustración se detallan de la siguiente manera:

⁶ TABOADA CÓRDOVA, Lizardo. *Elementos de la Responsabilidad Civil, Comentarios a las normas dedicadas por el Código Civil peruano a la responsabilidad civil extracontractual y contractual*. Lima: Grijley, 2º Edición: 2003, p. 32.

PROCESO ARBITRAL

Bernardette Giovana Mansilla Astorga

Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público - OSITRAN

a) Que el contrato sea válido.

Si el contrato no es válido no hay responsabilidad contractual propiamente. En buena cuenta, si no hay contrato no hay responsabilidad. Siendo así un contrato es inválido cuando carece de alguno de los presupuestos necesarios (o requisitos de validez) del tipo negocial al que pertenece.

La invalidez viene, de este modo, determinada por el carácter defectuoso del supuesto de hecho contractual.

En el caso, materia de Litis ninguna de las partes ha cuestionado la validez ni legitimidad del acuerdo contractual al que arribaron las partes al suscribir el Contrato N° 001-2014-OSITRAN, con la finalidad de contratar el Servicio de Mantenimiento Preventivo y Correctivo de los Equipos de Aire Acondicionado, por el periodo de trescientos sesenta y cinco (365) días calendarios.

b) El incumplimiento de alguna prestación.

El incumplimiento se presenta como un comportamiento del deudor que quebranta la obligación, adquiriendo ese obrar el carácter ilícito o antijurídico.

Ernesto C. Wayar dice al respecto: “Es bien sabido que para que haya pago o cumplimiento, el deudor debe dar, hacer o no hacer, exactamente aquello que debía, exactitud que se mide en relación con el objeto, el lugar y el tiempo. El concepto de incumplimiento no es dado por oposición, pues consiste en un comportamiento desacomodado o discrepante con el tenor de la obligación; de allí que se haya podido decir que todo obrar disconforme con el que era debido importa, sin más, incumplimiento”⁷.

Advertimos que, en el presente caso el Contratista habría incumplido con sus obligaciones contractuales.

c) El incumplimiento debe ser imputable al deudor.

La imputabilidad del perjuicio es otro de los requisitos para que proceda la indemnización de daños y perjuicios en el ámbito contractual. Es decir, que el

⁷ WAYAR C., Ernesto. *La Teoría del Incumplimiento. El cumplimiento por equivalente en nuestro derecho*. Conferencia pronunciada en su Acto de Recepción a la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba el 21 de septiembre de 2004. Ver: file:///C:/Users/jjara/Downloads/artlateoriadelincumplimiento.pdf.

incumplimiento, sea éste, total o parcial, o el cumplimiento sea tardío o defectuoso, debe ser imputable al deudor.

Este requisito exige que el deudor incumplidor haya incurrido en dolo, culpa inexcusable o culpa leve en el cumplimiento de sus obligaciones.

El dolo se define en nuestro ordenamiento como la conducta deliberada de no ejecutar la obligación (artículo 1318º del Código Civil). Si esta intención dañosa aparece en el incumplimiento de alguna obligación contractual, ese dolo tendrá como efecto un aumento de la responsabilidad del deudor, puesto que responderá en este caso no sólo de los perjuicios ocasionados, sino también de los perjuicios futuros, daño emergente y lucro cesante.

De otro lado, se entiende por culpa, la negligencia, descuido, falta de diligencia o cuidado, falta de precaución, inadvertencia, con que una persona afronta el cumplimiento de sus obligaciones. La graduación de la culpa (inexcusable o leve) permite aumentar o disminuir la responsabilidad según lo señalan los artículos 1319º, 1320º y 1321º del Código Civil. En efecto, si el incumplimiento es consecuencia de dolo o culpa inexcusable del deudor, los daños y perjuicios a reparar son todos aquellos consecuencia inmediata y directa del incumplimiento que pudieran preverse o no al momento de contraerse la obligación, por el contrario, si el incumplimiento obedeciere únicamente a culpa leve sólo se indemnizarán los daños y perjuicios que sean consecuencia inmediata y directa del incumplimiento que podrían preverse al momento de contraerse la obligación.

Definitivamente, en la conducta contractual del Contratista se evidencia culpa y dolo, lo que ha evidenciado incumplimientos que habilitaban a la Entidad a la resolución del Contrato.

d) El daño

La responsabilidad del deudor no queda comprometida si no cuando el incumplimiento de su obligación ha causado un daño al acreedor.

Este requisito es considerado el más importante de la responsabilidad civil, pues si no se demuestra su existencia no se podrá de ninguna manera demandar la indemnización. Sin daño sencillamente, no existe responsabilidad.

Etimológicamente la palabra daño procede de la voz latina “*dannum*” que significa pérdida, perjuicio o gasto. El daño se puede definir como la violación de uno o

PROCESO ARBITRAL

Bernardette Giovana Mansilla Astorga

Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público - OSITRAN

varios de los derechos subjetivos que integran la personalidad jurídica del sujeto producido por un hecho voluntario o producto de la negligencia que genera la obligación de indemnizar.

El daño puede ser de dos categorías: daño patrimonial y daño extrapatrimonial; el primero constituido por el daño emergente y el lucro cesante; el segundo por el daño moral o daño a la persona.

Su importancia es tal, que de faltar, sería inoficioso el investigar si el cumplimiento es imputable al agente, pues para que opere la indemnización de daños, éstos deberán existir realmente. Sin daño o perjuicio no hay responsabilidad civil, dado que el objetivo primordial de la misma es precisamente la indemnización o resarcimiento del daño causado.

Doctrinariamente, se exige que el daño sea cierto o real, esto es, efectivo. Fernando de Trazegnies, citando a Alfredo Orgaz dice:

“Existen diferentes tipos de daños reparables. Pero ante todo es importante destacar una característica general de todo daño susceptible de reparación, el daño, cualquiera sea su naturaleza debe ser cierto si quiere aspirar a una reparación, presente o futuro, pero cierto. No puede ser eventual o hipotético, el simple peligro no da lugar a indemnización, tiene que materializarse en daño”⁸.

De lo señalado precedentemente podemos afirmar que el daño eventual no es indemnizable porque no es cierto, entendiendo como daño eventual el hipotético, aleatorio, fundado en suposiciones o conjeturas. Así también el daño indemnizable debe ser directo, esto es, debe provenir directamente del incumplimiento de la obligación contractual. El daño indirecto no se indemniza jamás porque no existe nexo causal entre el incumplimiento contractual y el daño. Finalmente, el daño moral es indemnizable, entendiéndose por tal todo el sufrimiento, aunque no tenga una apreciación pecuniaria.

Asimismo, todo daño debe probarse, pues los daños no se presumen. El tal sentido, el acreedor debe probar los daños sufridos y cuantificarlos para que sean indemnizados.

En el presente caso, se advierte que efectivamente se ha generado un daño a la Entidad; debido al incumplimiento de las obligaciones contractuales por parte de la Contratista y sumado a ello debido a que los trabajadores de la misma han realizado

⁸ DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. *La responsabilidad extracontractual*. Tomo II. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. 2001.

PROCESO ARBITRAL

Bernardette Giovana Mansilla Astorga

Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público - OSITRAN

sus labores de forma inoficiosa trayendo como consecuencia; que los equipos, a los que tenían que darle mantenimiento luego de su intervención ha sido necesario contratar los servicios de un tercero para su reparación, lo cual queda acreditado con las Ordenes de Servicio N° 203 y 293.

- e) **Debe existir un nexo causal o relación de causalidad entre el incumplimiento del deudor y el daño causado al acreedor.**

Los hechos son siempre fenómenos complejos por la concurrencia de circunstancias diversas que influyen en el resultado, en nuestro caso, del daño cuya reparación se pretende. Cuando hablamos de un hecho aludimos a una modificación del mundo exterior que sucede en un momento dado y en cierto lugar, con la intervención de personas y cosas que constituyen sus elementos. Sin embargo, cada hecho no es sino un eslabón en una cadena causal en la que se suceden otros hechos que son antecedentes de aquél y hechos que son su consecuencia.

La cuestión de determinar en cada caso cuál de los hechos que anteceden es la causa de un cierto resultado es un problema no muy fácil de comprender y que en cada caso constituye un problema a determinar.

En el caso de la responsabilidad contractual es necesario que entre el incumplimiento, por una parte, y el daño o perjuicio por otra, medie una relación de causalidad: que el daño sea la consecuencia inmediata y directa del incumplimiento del deudor. Es precisamente por falta de nexo causal que el daño indirecto no se indemniza.

El daño está referido a la existencia de una relación jurídica de causa y efecto entre la conducta antijurídica y el daño causado y significa que este último debe ser consecuencia de la conducta antijurídica, es decir, del incumplimiento del deudor.

Efectivamente, el daño cuya reparación se pretende debe estar en relación causal adecuada con el hecho de la persona o de la cosa a las cuales se atribuye su producción. Es necesaria la existencia de ese nexo de causalidad, pues de otro modo se estaría atribuyendo a una persona el daño causado por otro. De ello, se deduce que en la presente controversia existe el nexo causal entre el incumplimiento de las obligaciones de la Contratista a través de la conducta inoficiosa de los trabajadores de la Contratista y el daño causado a la Entidad. Correspondiendo realizar la siguiente precisión, el Contrato N° 001-2014-OSITTRAN, tenía como finalidad contratar el Servicio de Mantenimiento Preventivo y Correctivo de los Equipos de

PROCESO ARBITRAL

Bernardette Giovana Mansilla Astorga

Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público - OSITRAN

Aire Acondicionado, no se buscaba la reparación de los Equipos de Aire Acondicionado; por lo que, se puede concluir que los equipos mencionados no necesitaban ser reparados.

Lo cual si fue necesario luego de la manipulación de los Equipos de Aire Acondicionado por parte de los trabajadores de la Contratista; con ello, debemos manifestar que la conducta de la Contratista no ha tenido justificación legal, la cual constituye un hecho ilícito a la luz de la teoría de la responsabilidad civil y por ende resulta aplicable el presente requisito.

Por las consideraciones antes expuestas, el Tribunal Arbitral determina declarar fundada en parte la pretensión indemnizatoria en favor de la Entidad.

VII.5 COSTOS Y COSTAS DEL ARBITRAJE

- a) En cuanto a costas y costos se refiere, los artículos 56° 69°, 70° y 73° de la Ley de Arbitraje, Decreto Legislativo N° 1071, disponen que los árbitros se pronunciarán en el Laudo sobre los costos del arbitraje, teniendo presente, de ser el caso, lo pactado en el convenio, y que si el convenio no contiene pacto alguno, los árbitros se pronunciarán en el Laudo sobre su condena o exoneración, teniendo en cuenta el resultado o sentido del mismo.
- b) Los costos incluyen, pero no se limitan, a las retribuciones del Tribunal Arbitral y de los abogados de las partes; y, en su caso, la retribución a la institución arbitral. Además, el artículo 73° en su inciso primero establece que en el laudo los árbitros se pronunciarán por su condena o exoneración, teniendo en cuenta el resultado o sentido del mismo. Si no hubiera condena, cada parte cubrirá sus gastos y los que sean comunes en iguales proporciones.
- c) En este sentido, el Tribunal Arbitral ha apreciado durante la prosecución del proceso que ambas partes han actuado, finalmente, basadas en la existencia de razones para litigar que a su criterio resultan atendibles, y que por ello, han litigado honestamente y convencidas de sus posiciones ante la controversia. Por consiguiente, considera que no corresponde condenar a ninguna de ellas al pago exclusivo de los gastos del proceso arbitral, es decir, cada parte debe asumir el 50% de todas las costas y costos del presente proceso.

PROCESO ARBITRAL

Bernardette Giovana Mansilla Astorga

Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público - OSITRAN

Por lo que el Tribunal Arbitral, en derecho;

LAUDA:

PRIMERO: Declarar **FUNDADA EN PARTE** la reconvención relacionada a la indemnización por daños y perjuicios en el extremo que el **CONTRATISTA deberá pagar a la ENTIDAD el monto S/. 21,700.00 Nuevos Soles**, desestimándola y declarándola **INFUNDADA** en los demás extremos que contiene.

SEGUNDO: Dispóngase que corresponde a cada parte asumir el 50% de los honorarios del Tribunal Arbitral y Secretaría Arbitral, de la presente controversia debiendo asumir cada parte los propios gastos que le hubiese devengado su defensa en el presente caso arbitral.

TERCERO: Establézcase los honorarios del Tribunal Arbitral y de la Secretaría Arbitral en los montos previamente cancelados.

CUARTO: DISPÓNGASE la publicación del presente Laudo Arbitral en el SEACE.

Notifíquese a las partes.

Luis Enrique Ames Peralta
Presidente del Tribunal Arbitral

Francisco Peñaloza Riega

Árbitro

Susana Villavicencio Maltesse

Árbitro