

LAUDO DE DERECHO

Demandante: Unidad Ejecutora 003 - Corte Superior de Justicia de Lima.

Demandado: Infraestructura de Telecomunicaciones S.R.L.

Contrato (Número y Objeto): Contrato N° 07-2016-S-P-CSJLI/PJ - "Servicio de Adecuación de Ambientes del Segundo Piso de la Sede de las Salas y Juzgados Civiles con Sub Especialidad Comercial para el Mejoramiento de los Sistemas Judiciales, en el Marco del Programa Presupuestal 'Celeridad en los Procesos Judiciales en Materia Civil - Comercial' de la Corte Superior de Justicia de Lima".

Monto del Contrato: S/ 373 000,00 soles.

Cuantía de la Controversia: S/. 217 690,00 soles.

Tipo y Número de procedimiento de selección: Adjudicación Simplificada N° 09-2016-OEC-CSJLI/PJ.

Monto de los honorarios del Árbitro Único / Tribunal Arbitral: S/ 7 381,52 soles.

Monto de los gastos administrativos de la Secretaría Arbitral: S/ 5 516,03 soles.

Árbitro Único o Presidente del Tribunal: Juan Humberto Peña Acevedo.

Secretaría Arbitral: Sarita Vásquez Mendoza.

Fecha de emisión del laudo: 19 de julio de 2019

Número de folios: 25

Pretensiones (controversias relacionadas a las siguientes materias):

- Nulidad, invalidez, inexistencia y/o ineficacia del contrato
- Resolución de contrato
- Ampliación del plazo contractual
- Defectos o vicios ocultos
- Formulación, aprobación o valorización de metrados
- Recepción y conformidad Liquidación y pago
- Mayores gastos generales
- Indemnización por daños y perjuicios**
- Enriquecimiento sin causa
- Adicionales y reducciones
- Adelantos
- Penalidades
- Ejecución de garantías
- Devolución de garantías
- Otros(especificar).....

Expediente N° S-037-2018-SNA/OSCE

RESOLUCIÓN N° 6

Lima, 19 de julio de 2019

Luego de haberse llevado a cabo las actuaciones arbitrales conforme a las leyes de la materia; el Árbitro Único, **JUAN HUMBERTO PEÑA ACEVEDO**, en la controversia entre la **Unidad Ejecutora 003 - Corte Superior de Justicia de Lima** (en adelante, "la Entidad") y la empresa **Infraestructura de Telecomunicaciones S.R.L.** (en adelante, "el Contratista"), surgida en la ejecución del Contrato N° 07-2016-S-P-CSJLI/PJ; procede a emitir el Laudo de Derecho siguiente:

I. EL CONVENIO ARBITRAL. -

1.1. El convenio arbitral está contenido en la cláusula vigésima sexta del Contrato N° 07-2016-S-P-CSJLI/PJ - "Servicio de Adecuación de Ambientes del Segundo Piso de la Sede de las Salas y Juzgados Civiles con Sub Especialidad Comercial para el Mejoramiento de los Sistemas Judiciales, en el Marco del Programa Presupuestal 'Celeridad en los Procesos Judiciales en Materia Civil - Comercial' de la Corte Superior de Justicia de Lima", (en adelante, "el Contrato"), derivado de la Adjudicación Simplificada N° 09-2016-OEC-CSJLI/PJ.

1.2. En esta cláusula contractual se establece lo siguiente:

"Las controversias que surjan entre las partes durante la ejecución del contrato se resuelven mediante conciliación o arbitraje, según el acuerdo de las partes. Las controversias sobre la nulidad del contrato solo pueden ser sometidas a arbitraje.



Expediente N° S-037-2018-SNA/OSCE

Cualquiera de las partes tiene el derecho a iniciar el arbitraje a fin de resolver dichas controversias dentro del plazo de caducidad previsto en los artículos 122°, 137°, 140°, 143°, 146°, 147° y 149° del Reglamento o, en su defecto, en el artículo 45° de la Ley. El arbitraje será de tipo INSTITUCIONAL.

Facultativamente, cualquiera de las partes podrá someter a conciliación las controversias, sin perjuicio de recurrir al arbitraje en caso no se llegue a un acuerdo entre ambas, según lo señalado en el artículo 183° del Reglamento.

El Laudo arbitral emitido es definitivo e inapelable, tiene el valor de cosa juzgada se ejecuta como una sentencia".

II. NORMATIVIDAD APLICABLE AL PROCESO ARBITRAL. -

2.1. Conforme a lo establecido en el Acta de la Audiencia de Instalación de fecha 26 de marzo de 2019, el presente proceso arbitral se regirá por la Directiva N° 024-2016-OSCE/CD - "Reglamento del Régimen Institucional de Arbitraje Subsidiario en Contrataciones del Estado a cargo del OSCE" (en adelante, "la Directiva"), aprobada mediante Resolución N° 275-2016-OSCE/PRE, de fecha 22 de julio de 2016; la Directiva N° 021-2016-OSCE/CD - "Tabla de Gastos Arbitrales Aplicables a los Arbitrajes Organizados y Administrado por el OSCE y los Arbitrajes Ad Hoc", aprobada mediante Resolución N° 238-2016-OSCE/PRE, de fecha 18 de junio de 2016. En lo no regulado por el citado Reglamento, se regirá por el Decreto Legislativo N° 1071 (en adelante, "Ley de Arbitraje"), modificado por el Decreto Legislativo N° 1231.

2.2. Asimismo, al ser la Adjudicación Simplificada N° 09-2016-OEC-CSJLI/PJ un procedimiento de selección convocado con fecha 28 de setiembre de 2016, será de aplicación la Ley de Contrataciones del

Expediente N° S-037-2018-SNA/OSCE

Estado, aprobada mediante Ley N° 30225 (en adelante, "la LCE") y su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 350-2015-EF (en adelante, "el RLCE").

III. ANTECEDENTES. -

- 3.1. Como resultado de la Adjudicación Simplificada N° 09-2016-OEC-CSJLI/PJ, con fecha 04 de noviembre de 2016, la Entidad y el Contratista suscribieron el Contrato, para efectuar el servicio de remodelación de los ambientes del segundo piso de la sede judicial donde funcionan los órganos jurisdiccionales de la sub especialidad comercial.
- 3.2. Con fecha 22 de febrero de 2018, la Entidad presentó una demanda arbitral ante la Secretaría del centro de arbitraje del Organismo Supervisor de Contrataciones del Estado (OSCE), sobre indemnización por incumplimiento contractual.
- 3.3. El 30 de abril de 2018, el Contratista presentó su escrito de contestación a la demanda arbitral.
- 3.4. Mediante la Resolución N° 165-2018-OSCE/DAR, de fecha 28 de setiembre de 2018, se designó al Árbitro Único para resolver la controversia entre la Entidad y el Contratista. Esta designación fue comunicada al Árbitro Único mediante Carta N° 2018-2018-OSCE/DAR, de fecha 06 de noviembre de 2018.
- 3.5. El 13 de noviembre de 2018, el Árbitro Único comunicó a la Dirección de Arbitraje del OSCE su aceptación a la designación efectuada, precisando que no se encontraba sujeto a incompatibilidad alguna que lo obligara a inhibirse. Asimismo, precisó que contaba con la

Expediente N° S-037-2018-SNA/OSCE

idoneidad, capacidad profesional y disponibilidad de tiempo para llevar a cabo el arbitraje, de conformidad con la normativa de contrataciones del Estado.

3.6. En virtud de lo anterior, el 26 de marzo de 2019 se llevó a cabo la Audiencia de Instalación, con presencia de ambas partes.

3.7. Posteriormente, el 11 de junio de 2019, se llevó a cabo la Audiencia de Saneamiento Procesal, Conciliación, Determinación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios, la cual contó con la presencia de ambas partes.

3.8. Con fecha 17 de junio de 2019, el Contratista presentó su escrito de alegatos.

3.9. De igual forma, con fecha 18 de junio de 2019, la Entidad presentó su escrito de alegatos

3.10. Con fecha 25 de junio de 2019, se llevó a cabo la Audiencia de Informes Orales, con presencia de ambas partes.

3.11. Con fecha 2 de julio, el Contratista presentó un escrito con la sumilla "téngase presente".

3.12. Finalmente, mediante Resolución N° 05 de fecha 09 de julio de 2019, se fijó el plazo para laudar en veinte (20) días hábiles, el cual podrá ser prorrogado por quince (15) días hábiles adicionales, computados desde el vencimiento del plazo original.

IV. FIJACIÓN DE PUNTOS CONTROVERTIDOS Y ADMISIÓN DE MEDIOS PROBATORIOS. -



Expediente N° S-037-2018-SNA/OSCE

- 4.1. En la Audiencia de Determinación de Puntos Controvertidos, llevada a cabo el 11 de junio de 2019, el Árbitro Único, en presencia de ambas partes, fijó el siguiente punto controvertido:

Puntos en controversia formulados en la Demanda presentada con fecha 22 de febrero de 2018.

PRIMERA PRETENSIÓN: Determinar si corresponde o no que el Árbitro Único ordene a INFRATEL SRL, el pago de la suma de S/. 217,690.00, por concepto de indemnización por incumplimiento Contractual.

- 4.2. Asimismo, el Árbitro Único admitió los medios probatorios documentales ofrecidos por la Entidad en el acápite "IV.-Medios Probatorios y Anexos" de su escrito de demanda de fecha 22 de febrero de 2018; y los medios probatorios documentales ofrecidos por el Contratista en el acápite "II. Medios Probatorios y Anexos" del escrito de contestación de demanda de fecha 30 de abril de 2018.

V. ANÁLISIS DE LOS PUNTOS CONTROVERTIDOS. -

- 5.1. En este apartado, corresponde efectuar el análisis del punto controvertido relacionado a la Primera Pretensión de la demanda, el cual consiste en determinar si corresponde o no que el Árbitro Único ordene a INFRATEL SRL, el pago de la suma de S/. 217,690.00, por concepto de indemnización por incumplimiento Contractual.

A. POSICIÓN DE LAS PARTES:

Expediente N° S-037-2018-SNA/OSCE

5.2. A continuación, se resumen los principales argumentos expuestos por las partes:

a. Posición de la Entidad

5.3. De acuerdo con lo manifestado por la Entidad, su Pretensión Principal debe ser declarada fundada por las siguientes consideraciones:

5.3.1. La Entidad sostiene que, conforme a la cláusula décimo séptima del Contrato, el Contratista estaba obligado a ofrecer una garantía mínima de doce meses contados a partir de otorgada la conformidad de servicios para reparar el trabajo defectuoso en un plazo de 24 horas de haber sido notificado.

5.3.2. En virtud de ello, la Entidad indica que, con fecha 21 de marzo de 2017, le hizo de conocimiento al Contratista de los desperfectos de los equipos del aire acondicionado. En respuesta, el Contratista mediante carta de fecha 30 de mayo de 2017, emite una serie de conclusiones de orden técnico, señalando que la garantía de los equipos se establece en condiciones de operación y mantenimiento normal.

5.3.3. En ese contexto, la Entidad señala que, con carta N° 52-2017-CL-UAF-CSJLI/PJ de fecha 27 de junio de 2017, su coordinación de logística requiere al Contratista cumplir con la cláusula décimo séptima del Contrato, referida a la garantía del servicio, habiendo el área de infraestructura concluido que, el desperfecto del equipo de aire acondicionado corresponde a uno, asignado al cuarto juzgado comercial, cuyo desperfecto ocurrió a dos días de su uso, no pudiendo ser detectada por

Expediente N° S-037-2018-SNA/OSCE

ésta última, durante la conformidad, lo que denota el vicio oculto al momento de brindarse la conformidad de la recepción del servicio contratado.

5.3.4. La Entidad agrega que, conforme se advierte del informe emitido por el área técnica de infraestructura, el desperfecto del equipo de aire acondicionado del cuarto juzgado comercial no se debe a una inadecuada manipulación, o a la falta de mantenimiento preventivo del Equipo; razón por la que, la obligación del desperfecto del equipo se encuentra bajo el deber del Contratista.

5.3.5. La Entidad alega que, existen informes técnicos que corroboran la deficiencia de los equipos, de los cuales, dos de ellos fueron presentados en la demanda, y uno elaborado por la empresa MOTOREX, presentado en el escrito de alegatos.

5.3.6. En cuanto a la fundamentación de derecho, y tratándose de una figura de responsabilidad civil, la Entidad precisa que, la teoría de la responsabilidad civil es una sola y su finalidad (sea contractual o extracontractual) en ambos casos es obtener la reparación económica de los daños que ha sido causado por un agente determinado. Así, la Entidad sostiene que, los elementos que configuran la responsabilidad civil son: (i) la imputabilidad; (ii) la ilicitud o antijuricidad; (iii) el factor de atribución; (iv) el nexo causal y (v) el daño.

5.3.7. Con relación a la imputabilidad, la Entidad indica que el mismo está referido a la capacidad de un determinado sujeto de poder ser responsable o imputable del daño que ocasione; es decir, en este elemento se toma en cuenta la capacidad de la persona

A

Expediente N° S-037-2018-SNA/OSCE

(jurídica en este caso) de poder responder ante el daño que se le imputa y por el que se pretende que responda. En ese sentido, la Entidad considera que, este primer supuesto se cumple toda vez que existe el Contrato debidamente suscrito por ambas partes.

5.3.8. En cuanto a la ilicitud o antijuridicidad, la Entidad concluye que, para el presente caso, es evidente que se enfrentan a un caso donde el daño proviene de la conducta antijurídica o, dicho de otro modo, el daño es causado como consecuencia del incumplimiento del Contrato; es decir, el hecho que produjo la consecuencia del daño (el no cumplimiento del presupuesto en la cláusula décimo séptima por parte del Contratista) por lo que le alcanza responsabilidad. Asimismo, agrega que, el Contratista no se encuentra bajo las causales de inexistencia de responsabilidad establecidas en el artículo 1971 del Código Civil, y, por tanto, no se encuentra eximido del daño causado.

5.3.9. Respecto al factor de atribución, la Entidad concluye que, en el caso en particular, el Contratista tiene culpa inexcusable, ante el evidente incumplimiento del Contrato, lo cual ha generado un daño patrimonial, por cuanto al no haber cumplido con brindar la "garantía del servicio" (cláusula décimo séptima del Contrato) generó el deterioro del equipo de aire acondicionado, por lo que de por si genera ya una pérdida del valor real; sumando a los otros gastos, como es el caso de las ordenes de servicio N° 00109-2018-S y la orden de servicio N° 00867-2017-S, con lo que, según la Entidad, se evidencia de forma concreta, real y pecuniaria el daño emergente causado.

Expediente N° S-037-2018-SNA/OSCE

5.3.10. Finalmente, con relación al nexo causal, la Entidad señala que, en el caso materia de autos, cumplieron con requerir mediante varios correos electrónicos a la empresa demandada, haciéndole saber las anomalías y desperfectos que habían en los equipos de aire acondicionado; del mismo modo, cumplieron con remitir cartas notariales, en las que se le invita al Contratista a que cumpla con reparar los equipos en virtud de la cláusula décimo séptima del Contrato, sin embargo, el Contratista alega que, ellos solo brindan garantía a equipos operativos y en funcionamiento, hecho que, según la Entidad, no se coincide en extremo alguno del Contrato.

b. Posición del Contratista

5.4. De acuerdo con lo expresado por el Contratista, la pretensión de la demanda, bajo análisis, debe ser declarada infundada por las siguientes consideraciones:

5.4.1 El Contratista sostiene que, con fecha 24 de diciembre de 2016, se suscribió el Acta de Culminación de servicios - Levantamiento de observaciones- entre la coordinación de Infraestructuras de la Entidad y el Contratista, dejándose constancia que cumplió con subsanar las observaciones advertidas con fecha 19 de diciembre de 2016, dentro del plazo de cinco días calendarios. Siendo así, de conformidad a las disposiciones contractuales, con fecha 8 de diciembre de 2016, el área usuaria brindó la conformidad en la ejecución del servicio requerido.

5.4.2 Por otro lado, el Contratista señala que, con fecha 21 de mayo de 2017, el coordinador de Infraestructuras de la Entidad lo

✓

Expediente N° S-037-2018-SNA/OSCE

convocó para corregir pernería de puertas que se aflojaron, para lo cual, se realizó las coordinaciones y se envió personal, siempre aclarando que, la garantía se establece bajo condiciones normales de operación y mantenimiento.

5.4.3 El Contratista sostiene que, con fecha 31 de marzo de 2017, el Arq. Tomas Villacorta lo convocó para revisar instalaciones de aire acondicionado, siendo que, cumplió con atender la solicitud, enviando personal técnico, quienes detectaron el mal uso de los controles programados a muy baja temperatura (16°C), así mismo, el Contratista señala que, se encontraron las ventanas de oficina abiertas, haciendo que el equipo de aire acondicionado se esfuerce en bajar la temperatura, ocasionando que se congele, y que se dio las instrucciones al personal que se encontró en la oficina.

5.4.4 Asimismo, el Contratista indica que, con fecha 30 de mayo de 2017, respondió la Carta Notarial N° 032-2017-CL-UAF-CSJLI/PJ del 25 de mayo, exponiendo técnicamente lo que sucedió en los equipos de aire acondicionado, lo que, en resumen, es la mala manipulación de los mismos, los cuales después de 5 meses de funcionamiento, requieren un mantenimiento preventivo básico, para lo cual cotizaron el servicio.

5.4.5 El Contratista alega que, en ningún momento se ha incumplido las cláusulas décimo séptimo y vigésima del Contrato, ya que en todo momento se atendió las diversas solicitudes de la Entidad.

A

Expediente N° S-037-2018-SNA/OSCE

- 5.4.6 El Contratista concluye que, los equipos de aire acondicionado no necesitan reparación, sino un metimiento preventivo y capacitación al usuario para su correcto uso.
- 5.4.7 Con relación al informe técnico presentado por la Entidad en su escrito de alegatos, el Contratista señala que, MOTOREX es la misma empresa que le vendió los equipos, a través de la empresa IREDI INTERNATIONAL SRL, empresa especializada en aire acondicionado.
- 5.4.8 El Contratista resalta que, en la audiencia de informes orales, la Entidad descarta que el presente caso verse sobre vicios ocultos. En ese entendido, el Contratista sostiene que, el vicio oculto no es materia controvertida y señala además que, el monto demandado por la suma de S/ 217 690,00 soles es excesivo.
- 5.4.9 Por otro lado, con relación al costo alegado por la Entidad de S/ 26 904,94 soles por la cobertura del servicio supuestamente incumplido, tal como se desprende de la Orden de Servicio N° 00109-2018-S, el Contratista señala que, en su oportunidad, lo cotizaron por S/ 4 400,00 soles.
- 5.4.10 Finalmente, el Contratista señala que el informe de MOTOREX corrobora su posición, porque después de realizado el mantenimiento preventivo a los equipos de aire acondicionado y haber corregido la pendiente del drenaje, estos funcionan sin problema, lo que descarta que el equipo estuviese defectuoso o malogrado.

B. ANÁLISIS DEL ÁRBITRO ÚNICO:

A

Expediente N° S-037-2018-SNA/OSCE

- 5.5. En el presente análisis, el Árbitro Único determinará si corresponde o no ordenar al Contratista, el pago de la suma de S/. 217 690,00, por concepto de indemnización por incumplimiento Contractual.
- 5.6. Al respecto, la Entidad fundamenta su demanda en un supuesto incumplimiento contractual por parte del Contratista (la cláusula décimo séptima del Contrato), lo cual habría generado un deterioro del equipo de aire acondicionado que fue instalado en virtud del Contrato, generándole un perjuicio económico valorizado en la suma de S/. 217 690,00. Para demostrar su posición, la Entidad adjunta informes técnicos, además de correos electrónicos y cartas notariales cursados con el Contratista, entre otros documentos.
- 5.7. Por su parte, el Contratista señala que, no tiene responsabilidad en el deterioro del equipo de aire acondicionado, pues, esto habría sido causado por la mala manipulación por parte del personal de la Entidad, en especial por tener las ventanas y puertas abiertas, y por la falta de un mantenimiento preventivo básico. Asimismo, el Contratista sostiene que, no resulta de aplicación la cláusula décimo séptima del Contrato debido a que, la garantía se otorga en condiciones normales de operación. Para demostrar su posición, el Contratista adjunta correos electrónicos y cartas notariales cursados con la Entidad, entre otros documentos.
- 5.8. La figura de la indemnización por daños y perjuicios ha sido recogida en nuestro Código Civil, el cual en su artículo 1321 ha establecido que:

"Artículo 1321º.- Indemnización por dolo, culpa leve e inexcusable

14
Opciona

Expediente N° S-037-2018-SNA/OSCE

Queda sujeto a la indemnización de daños y perjuicios quien no ejecuta sus obligaciones por dolo, culpa inexcusable o culpa leve.

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

Si la inejecución o el cumplimiento parcial, tardío o defectuoso de la obligación, obedecieran a culpa leve, el resarcimiento se limita al daño que podía preverse al tiempo en que ella fue contraída".

- 5.9. A partir de dicha norma, se puede conceptualizar a la indemnización por daños y perjuicios como aquella acción que tiene el acreedor o el perjudicado para exigir del deudor o causante del daño una cantidad de dinero equivalente a la utilidad o beneficio que a aquél le hubiese reportado el cumplimiento efectivo, íntegro y oportuno de la obligación o a la reparación del mal causado. Así, la indemnización tiene una naturaleza resarcitoria, y debe ser otorgada por los daños y perjuicios que hubiese afectado al contratante, cuya probanza del hecho alegado corresponde al quien alega tal pretensión.

- 5.10. En ese entendido, la responsabilidad civil puede ser contractual o extracontractual. La primera deriva del incumplimiento de un acto jurídico, normalmente un contrato y la segunda, del incumplimiento de la regla general de no causar daño. En el primer caso existe, entonces, una relación jurídica previa que es incumplida, mientras que en el segundo no. Aunque distintos, ambos supuestos de responsabilidad comparten los mismos elementos, a saber: (i) el daño, (ii) factor atributivo de responsabilidad, (iii) antijuricidad y (iv) el nexo causal.

Expediente N° S-037-2018-SNA/OSCE

- 5.11. En el presente caso, el ámbito de responsabilidad civil que atribuye la Entidad al Contratista es de responsabilidad contractual, por lo que, en adelante, el Árbitro Único desarrollará sus elementos y el marco jurídico y doctrinario que regula la procedencia de una acción por este concepto.
- 5.12. De acuerdo a los artículos 1361¹ y 1362² del Código Civil, los contratos son obligatorios en cuanto se haya expresado en ellos y deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe y la común intención de las partes.
- 5.13. En el caso de un incumplimiento contractual, el primer elemento de responsabilidad civil que debe identificarse es el daño. Su existencia es la base para solicitar una indemnización. Así, según la doctrina, "*el daño que interesa, a efectos de la responsabilidad civil, es el daño reparable por presentarse como daño jurídicamente relevante*"³. Cabe señalar que, el daño es considerado como un elemento determinante en la estructura de la responsabilidad civil, así, incluso si existiese una conducta antijurídica, pudiendo ser ésta dolosa, sin la configuración de un daño de carácter patrimonial o extrapatrimonial, no habrá sustento legal para obligar a un sujeto a indemnizar a otro.
- 5.14. De acuerdo al Código Civil, el daño puede ser de dos tipos: daño emergente y lucro cesante; siendo que la diferencia entre ambos está

¹ El Artículo 1361 del Código Civil sobre obligatoriedad de los contratos dispone lo siguiente: "Los contratos son obligatorios en cuanto se haya expresado en ellos. (...) Se presume que la declaración expresada en el contrato responde a la voluntad común de las partes y quien niegue esa coincidencia debe probarla.".

² El Artículo 1362 del Código Civil sobre buena fe señala lo siguiente: "Los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes.".

³ OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario (2014) "Tratado de Derecho de las Obligaciones". Volumen V. p. 2210.

Expediente N° S-037-2018-SNA/OSCE

dada por "la disminución del patrimonio en el primero, y por la privación del aumento o por la supresión de la ganancia esperable en el segundo"⁴.

5.15. Los autores Osterling y Castillo, definen el daño emergente y al lucro cesante en los siguientes términos: "En primer lugar, cabe señalar que el artículo bajo análisis es aplicable al ámbito de la responsabilidad contractual (...) la distinción clásica entre daño emergente (*dammum emergens*) y lucro cesante (*lucrum cessans*) está dada por la disminución del patrimonio en el primero, y por la privación del aumento o por la supresión de la ganancia esperada en el segundo. Así, el daño emergente se traduce en el empobrecimiento del factor económico actual del patrimonio del sujeto. De ahí que la doctrina no duda en señalar que viene constituido por el perjuicio efectivamente sufrido. El lucro cesante, por su parte, es la frustración traducida en un empobrecimiento patrimonial (...) Ambos elementos - el daño emergente y lucro cesante- son comprendidos en la indemnización en sí, sin los cuales ésta no alcanzaría su fin, el mismo que consiste en colocar al perjudicado o a la víctima en la misma situación que si la obligación hubiera sido ejecutada"⁵.

5.16. Ahora bien, el artículo 1331 del Código Civil expresamente señala que: "La prueba de los daños y perjuicios y de su cuantía también corresponde al perjudicado por la inejecución de la obligación o por cumplimiento parcial, tardío o defectuoso". **Entonces quien tiene la carga de la prueba, según dicho artículo, es quien afirma haber sufrido el daño por la inejecución de la obligación contractual.**

⁴ Ibídem, p. 2211.

⁵ Osterling, F & Castillo, M., Compendio de Derecho de las Obligaciones, Palestra editores, Lima, 2008, p. 865 y 867.

Expediente N° S-037-2018-SNA/OSCE

- 5.17. Es claro que, quien solicita una indemnización debe probar el daño. Así las cosas, en el presente caso, quien tiene la carga de probar si se le provocó un daño por alguna inejecución contractual es la Entidad.
- 5.18. En el presente caso, la Entidad reclama una indemnización por un monto de S/ 217 690,00 soles, correspondiente al daño emergente que habría sufrido como consecuencia del incumplimiento contractual por parte del Contratista al no brindar la “garantía del servicio” (cláusula décimo séptima del Contrato), lo cual, habría generado el deterioro del equipo de aire acondicionado, ocasionándole, según la Entidad, una pérdida del valor real.
- 5.19. La Entidad sostiene que, el daño emergente que ha sufrido debe ser cuantificado en un monto equivalente a S/ 217 690,00, no obstante, con los medios probatorios ofrecidos en su demanda arbitral no logra acreditar cómo es que ha llegado a determinar que el supuesto daño sufrido corresponde a ser cuantificado en esa suma de dinero.
- 5.20. Ahora bien, luego de cerrada la etapa probatoria, en la Audiencia de saneamiento probatorio de fecha 11 de junio de 2019, la Entidad, en su escrito de alegatos, presentó en el Anexo 1-B, una copia de la Orden de Servicio N° 00109-2018-S por un monto de S/ 26 904,00; y en el Anexo 1-C, una copia de la Orden de Servicio N° 00867-2017-S por un monto de S/ 3 800,00. Pese a su extemporaneidad, y que dichos documentos no han sido admitidos como prueba, el Árbitro Único observa que, dichos documentos no logran acreditar que: (i) El servicio haya sido prestado (ii) que los montos antes referidos hayan sido efectivamente desembolsados por parte de la Entidad. En consecuencia, aun cuando dichos documentos hubiesen sido admitidos como pruebas, no acreditarían daño a la Entidad.

Expediente N° S-037-2018-SNA/OSCE

16
Octubre

5.21. En el escrito de alegatos, la Entidad solicita que, *"en el supuesto que el monto indemnizatorio solicitado (S/ 217 690,00) no sea elpreciado por el Tribunal Arbitral, se determine el monto que correspondería a favor del Poder Judicial o en su defecto el resarcimiento del mismo"*. Con relación a este pedido, el Árbitro Único debe indicar que, dicho extremo no ha sido recogido en los escritos postulatorios ni es un punto controvertido en el presente arbitraje, por lo cual no es procedente un pronunciamiento respecto a ello.

5.22. Con relación a la prueba del daño, el jurista Felipe Osterling Parodi indica que: *"toda reclamación de daños y perjuicios, aunque se funde en un derecho inobjetable a exigirlos, requiere la prueba de su existencia. Para declarar la responsabilidad no basta comprobar judicialmente la infracción de la obligación; es preciso demostrar la existencia de los daños y perjuicios"* (subrayado agregado)⁶.

5.23. Por lo expuesto, no basta una mera afirmación de haber sufrido un daño emergente, sino que es necesaria su acreditación. De los medios probatorios ofrecidos, el Árbitro Único no ha verificado la existencia de documentos que acrediten fehacientemente el detrimento patrimonial sufrido por la Entidad.

5.24. Un segundo elemento es el factor atributivo de responsabilidad, dentro del cual se encuentra la culpa. Ésta ha sido definida de múltiples maneras: que se trata de *"un hecho ilícito atribuible al deudor"*; *"de un atentado contra el derecho y el hecho de haber advertido o*

⁶ Felipe Osterling Parodi. La Indemnización por Daños y Perjuicios. Pg. 400. Véase en:
<http://www.osterlingfirm.com/Documentos/articulos/La%20indemnizacion%20de%20da%C3%B3s.pdf>

⁷ Mazeaud, Henri, Leon y Jean; *Lecciones de Derecho Civil*; Parte Segunda; Volumen II; Ediciones Jurídicas Europa-América;1960; p.110.

Expediente N° S-037-2018-SNA/OSCE

*podido advertir que se atentaba contra el derecho ajeno"; o "del incumplimiento de un deber que el agente podía conocer y observar"*⁸.

- 5.25. Dentro de los factores atributivos de responsabilidad, se gradúan según su gravedad el dolo, la culpa inexcusable o la culpa leve. El Código Civil define el dolo en su artículo 1318°, señalando que "*procede con dolo quien deliberadamente no ejecuta la obligación*"; define la culpa inexcusable en el artículo 1319°, señalando que "...*incurre en culpa inexcusable quien por negligencia grave no ejecuta la obligación*"; y define la culpa leve en el artículo 1320°, que establece que "*actúa con culpa leve quien omite aquella diligencia ordinaria exigida por la naturaleza de la obligación y que corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar*".
- 5.26. En el presente caso, la Entidad sostiene que el Contratista tiene **culpa inexcusable**. Con relación a ello, el Código Civil en su artículo 1330 ha dispuesto que, **la prueba de la culpa inexcusable corresponde al perjudicado por la inejecución de la obligación**. En ese sentido, dicho elemento debe ser necesariamente probado por la Entidad.
- 5.27. Ahora bien, respecto a la culpa inexcusable, la Entidad expresamente señala lo siguiente: "*En el caso en particular, tenemos que la conducta con culpa inexcusable de la empresa, ante el evidente incumplimiento de contrato ha generado un daño patrimonial, por cuanto al no haber cumplido con brindar la "garantía de servicio" (cláusula décimo séptima del contrato) generó el deterioro del equipo de Aire acondicionado (...)*".
- 5.28. La Entidad adjunta en su demanda, el Informe Técnico N° 40-2017-MTS-CL-UAF-CSJLI/PJ, elaborado por su especialista en contrataciones, y el Informe Técnico emitido por el Ingeniero Rony

⁸ Mazeaud, Leon y Jean y Tunc Andre; *Tratado Teórico y Práctico de la Responsabilidad Civil Delictual y Contractual*; Ediciones Jurídicas Europa América; Quinta Edición; Tomo II; Buenos Aires

Expediente N° S-037-2018-SNA/OSCE

Becerra Valenzuela. Además, en su escrito de alegatos, adjunta el Informe Técnico elaborado por la empresa MOTOREX.

- 5.29. Con relación al Informe Técnico N° 40-2017-MTS-CL-UAF-CSJLI/PJ, el Árbitro Único observa que éste ha sido elaborado por un área perteneciente a la Entidad, es decir, se trata de una posición de parte.
- 5.30. En cuanto al Informe Técnico emitido por el Ingeniero Rony Becerra Valenzuela, el Árbitro Único observa que este solo se limita a exponer conclusiones, no conteniendo un análisis detallado que acredite la existencia de un desperfecto en el equipo de aire acondicionado, peor aún, en unas de esas conclusiones el ingeniero que suscribe sólo se basa en una suposición, al señalar que *"se ha verificado que hay una posibilidad de que este equipo este en mal estado, ya que se está generando un condensado en la rejilla de expulsión del aire"* (negrita propio).
- 5.31. En cuanto al Informe elaborado por la empresa MOTOREX de fecha 27 de diciembre de 2017, pese a no haber sido admitido como prueba, el Árbitro Único aprecia que, este concluye con lo siguiente: "1) se debe corregir todo el sistema de tuberías de drena (PVC), éstos deben estar debidamente aislados y tener la suficiente pendiente para evitar acumulación de agua en las bandejas, que posteriormente causarán rebalse de agua; 2) considerar el uso de bombas de condensado adicionales; 3) de forma urgente, deben instalar las cajas de control de refrigerante; 4) se debe realizar mantenimiento preventivo al sistema VRF a fin dejar completamente operativos todos los equipos, esto en paralelo con los correctivos que estamos indicando".

Expediente N° S-037-2018-SNA/OSCE

5.32. Al respecto, el Árbitro Único no observa que en el análisis efectuado por la empresa MOTOREX se compruebe una negligencia por parte del Contratista, más aún cuando la cuarta conclusión coincide con la posición del Contratista en cuanto a la necesidad de la realización de un mantenimiento preventivo al equipo de aire acondicionado.

5.33. Otro elemento de la responsabilidad civil, es la antijuricidad, dicho elemento es considerado como uno de los requisitos fundamentales de la responsabilidad en general, sea esta contractual o extracontractual, por cuanto se entiende que nace obligación legal de indemnizar cuando se causa daño a otro u otros mediante un comportamiento o conducta que no es amparada por el Derecho, por contravenir una norma imperativa, los principios que conforman el orden público o las reglas de convivencia social que constituyen las buenas costumbres.⁹ **Y en el caso de los asuntos contractuales, ésta surgirá del incumplimiento de una conducta pactada de forma previa, lo cual, es considerado como una conducta típica; supuesto que está regulado en el artículo 1321 del Código Civil.**

5.34. En efecto, la antijuricidad constituye un elemento fundamental para la existencia de la responsabilidad civil, por cuanto sólo es amparable un daño que se ha sufrido como consecuencia de una conducta que sobrepasa los límites de lo lícito, jurídico o legítimo.

5.35. Sobre este elemento, la Entidad concluye que, para el presente caso, la antijuricidad deviene en el incumplimiento de la cláusula décimo séptima del Contrato por parte del Contratista. Para tal efecto la Entidad ha presentado en su demanda, correos electrónicos y cartas notariales cursados al Contratista, en los cuales les requiere

⁹ Taboada Córdova, Lizardo. Elementos de la Responsabilidad Civil. Editora y Librería Jurídica Grijley E.I.R.L. Tercera Edición, 2013. Página 46.

Expediente N° S-037-2018-SNA/OSCE

reiteradamente la reparación del equipo del aire acondicionado, lo cual no ha sido cumplido por el Contratista en base a que "su garantía sólo se da en condiciones de operación y mantenimiento normal".

- 5.36. Sobre este punto, el Árbitro Único determina que, la cláusula décimo séptima del Contrato no ha establecido expresamente que la garantía se debe otorgar en condiciones de operación y mantenimiento normal, por lo cual, lo alegado por el Contratista para no cumplir con su obligación no es ajustado a lo expresamente pactado por las partes en el Contrato, resultando la conducta del Contratista en antijurídica.
- 5.37. Por otro lado, el cuarto y último elemento de la responsabilidad civil es el nexo causal; el cual implica que la culpa debe ser la causa directa del daño. Al respecto, siendo que en el presente caso no ha sido acreditado el daño alegado, no es posible referirse sobre este elemento de la responsabilidad civil.
- 5.38. En virtud de lo antes expuesto, en vista que, no se ha presentado documentación que justifique la existencia del daño, el Árbitro Único considera que no corresponde ordenar al Contratista el pago de una indemnización.

C. SOBRE LOS GASTOS DEL PRESENTE ARBITRAJE:

- 5.39. El numeral 1 del artículo 56 de la **Ley de Arbitraje**¹⁰, establece que, el Tribunal Arbitral se pronunciará en el laudo sobre la asunción o distribución de los costos del arbitraje.

¹⁰ Decreto Legislativo N° 1071, Decreto Legislativo que norma el arbitraje
"Artículo 56.- Contenido del laudo.
(...)

2. El tribunal arbitral se pronunciará en el laudo sobre la asunción o distribución de los costos del arbitraje, según lo previsto en el artículo 73".

5.40. Asimismo, de conformidad con el numeral 8.3.26 de la Directiva, el laudo final se pronunciará sobre los gastos del arbitraje y decidirá si una de las partes debe pagarlos o la proporción en que debe distribuirse entre ellas.

5.41. De acuerdo con el artículo 70 de la Ley de 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.

5.42. Por su parte, el numeral 1 del artículo 73 de la Ley de Arbitraje¹¹ dispone, respecto a los criterios a tener en cuenta en la distribución de los costos del arbitraje, que lo primero a tener en cuenta es el acuerdo de las partes. Asimismo, a falta de dicho 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

¹¹ Decreto Legislativo N° 1071, Decreto Legislativo que norma el arbitraje
Artículo 73.- Asunción o distribución de costos.

1. 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.



Expediente N° S-037-2018-SNA/OSCE

partes, si estima que el prorrato es razonable, teniendo en cuenta las circunstancias del caso.

- 5.43. En el presente caso, en los documentos que obran en el expediente arbitral no se evidencia un acuerdo entre las partes respecto a la forma en que se debe distribuir los costos del arbitraje. En ese sentido, teniendo en cuenta los argumentos formulados por las partes, así como los fundamentos alegados en las audiencias convocadas y las pruebas ofrecidas, se determina que ambas partes han actuado basadas en la existencia de razones para litigar que resultan atendibles; por consiguiente, se considera que no corresponde condenar a ninguna de las partes al pago exclusivo de las costas y costos del proceso arbitral.
- 5.44. Por consiguiente, con relación a las costas y costos del presente proceso arbitral, el Árbitro Único resuelve que los gastos y honorarios arbitrales deberán ser asumidos por las partes en un 50% cada uno, conforme el siguiente detalle:

COSTOS ARBITRALES	ENTIDAD	CONTRATISTA
Honorarios del Árbitro Único	S/ 3 690,76 (monto neto)	S/ 3 690,76 (monto neto)
Gastos administrativos	S/ 2 408,02 (incluido IGV)	S/ 2 408,02 (incluido IGV)
TOTAL	S/ 6 098,78	S/ 6 098,78

7

Expediente N° S-037-2018-SNA/OSCE

5.45. Finalmente, considerando que la Entidad ha pagado la totalidad de los gastos arbitrales, es menester que el Contratista reembolse a la Entidad el 50% de los honorarios del Árbitro Único y los gastos administrativos asumidos en su oportunidad por la Entidad, por el monto total de S/ 6 098,78 soles.

VI. PARTE RESOLUTIVA:

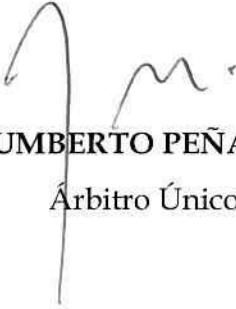
En virtud de los considerandos precedentes, el Árbitro Único resuelve:

PRIMERO. - Declarar **INFUNDADA** la Primera Pretensión de la demanda.

SEGUNDO. - Disponer que los gastos arbitrales sean asumidos por ambas partes, ordenando a Infraestructura de Telecomunicaciones S.R.L. el pago a favor de Unidad Ejecutora 003 - Corte Superior de Justicia de Lima, de la suma de S/ 6 098,78 soles (seis mil noventa y ocho con 78/100 soles) por concepto de costos arbitrales.

TERCERO. - Disponer la remisión de una copia de este Laudo al Organismo Supervisor de la Contrataciones del Estado.

Notifíquese a las partes.


JUAN HUMBERTO PEÑA ACEVEDO
Árbitro Único