

LAUDO ARBITRAL
CONSORCIO VIAL CONGALLA
GERENCIA SUB- REGIONAL DE ANGARAES – GOBIERNO REGIONAL DE
HUANCAVELICA

Lugar y fecha de expedición:

El presente Laudo de Derecho se expide en la ciudad de Lima, a los 6 días del mes de agosto del año dos mil dieciocho.

DEMANDANTE: CONSORCIO VIAL CONGALLA

(en adelante el Contratista)

DEMANDADO: GERENCIA SUB- REGIONAL DE ANGARAES – GOBIERNO REGIONAL DE HUANCAVELICA

(en adelante la Entidad)

ARBITRO UNICO: MARTIN EDUARDO MUSAYON BANCAYAN

SECRETARIA ARBITRAL: MARICARMEN FIORELLA YATACO HUAMAN

Resolución N° 11

Lima, 06 de agosto del 2018

I. EXISTENCIA DEL CONVENIO ARBITRAL E INSTALACIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL

El Convenio Arbitral se encuentra contenido en el Contrato N°088-2010/GSRA "Contrato de Servicio de Movimiento de Tierra", celebrado con fecha 04 de junio del 2010, en el cual las partes acordaron que todos los conflictos que se deriven de la ejecución e interpretación del citado contrato, se resolverán mediante arbitraje, de conformidad con lo establecido en la normativa de Contrataciones del Estado.

El 15 de febrero del 2017 se reunieron en OSCE el Dr. Martin Eduardo Musayon Bancayan como Árbitro Único; con la asistencia de Edgar Avalos Infanzón en representación de Consorcio Vial Congalla y de la otra parte con la asistencia de Feliciano Sulca Chirote en representación de la Entidad Gerencia Subregional de Angaraes- Gobierno Regional de Huancavelica, con la finalidad de instalar el presente proceso arbitral.

II. NORMATIVIDAD APLICABLE AL ARBITRAJE

Conforme a lo establecido en el Acta de Instalación, la legislación aplicable para resolver el fondo de la controversia sometida al presente proceso arbitral es la legislación peruana. Las normas aplicables al presente arbitraje, de acuerdo a lo establecido por el artículo 52 de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobada por D.L. No. 1017, y su reglamento D.S. No. 084-2008-EF, asimismo es de aplicación el Decreto Legislativo N° 1071, que norma el arbitraje en lo que no se oponga a lo establecido en la ley y el reglamento.

III. DE LA DEMANDA ARBITRAL PRESENTADA POR CONSORCIO VIAL CONGALLA

La demandante con fecha 28 de febrero del 2017 presenta su escrito de demanda solicitando as siguientes pretensiones:

- 1. PRIMERA PRETENSIÓN:** Que, el Arbitro Único AD HOC ordene al Gobierno Regional de Huancavelica –Gerencia Sub Regional de Angaraes, la devolución a su favor de la suma de s/. 85,348.34 (ochenta y cinco mil trescientos cuarenta y ocho y 34/100 soles), por concepto de retención indebida del 10% de garantía de fiel cumplimiento.

2. **SEGUNDA PRETENSIÓN:** Que, el Arbitro Único AD HOC ordene al Gobierno Regional de Huancavelica –Gerencia Sub Regional de Angaraes, al pago a su favor, por concepto de daños y perjuicios - respecto al lucro cesante, la suma ascendente a: s/. 247,751.71 (doscientos cuarenta y siete mil setecientos cincuenta y uno con 71/100 soles).

 3. **TERCERA PRETENSIÓN:** Que, el Arbitro Único AD HOC ordene al Gobierno Regional de Huancavelica –gerencia sub regional de Angaraes, el pago a su favor de la suma ascendente a: S/. 13,612.22 (TRECE MIL SEISCIENTOS DOCE CON 22/100 SOLES), por concepto de los intereses legales devengados, por concepto de retención indebida del 10% de fiel cumplimiento, desde el: 1 de enero de 2011 hasta el 22 de febrero de 2017.

 4. **CUARTA PRETENSIÓN:** “Que, el tribunal arbitral unipersonal ordene a la Gobierno Regional de Huancavelica –Gerencia Sub Regional De Angaraes, al pago de las costas, costos”.
- **Respecto a los COSTOS:** Hasta el momento suman: S/.48,700.00 (CUARENTA Y DOS MIL CIEN 00/100 SOLES), dejando reservado el derecho de acumular los demás montos generados al final del presente proceso.

 - **Respecto a los COSTAS:** Dejan reservado el pago de las costas por honorarios de árbitro único y la secretaria arbitral; ya que, la misma no han sido considerada por desconocer cuál será el monto total que subrogue la demanda.

Sustentan sus pretensiones en los siguientes hechos:

PRIMERO: Consorcio Vial Congalla, está conformado por las empresas; INVERSIONES AVARICO S.A.C con RUC N° 20494780624 y CHV INGENIEROS CONTRATISTAS GENERALES S.A.C con RUC N° 20452840775, conforme consta en contrato de constitución de consorcio, Representado legalmente por el Ing. HUGO CARLOS HINOSTROZA HUACACHI, identificado con DNI N° 80121718, quien en su calidad de gerente general y/o representante legal, OTORGA PODER ESPECIAL Y GENERAL a FAVOR DE INVERSIONES AVARICO S.A.C, debidamente representado por el señor EDGAR AVALOS INFANZON, el mismo que en su calidad de apoderado se encuentra legalmente facultado para iniciar el proceso de demanda arbitral en representación del CONSORCIO VIAL CONGALLA.

SEGUNDO: Con fecha, 04 de junio de 2010, CONSORCIO VIAL CONGALLA suscribió Contrato de Servicios de Movimiento De Tierra N° 088-2010/GSRA, para la prestación del servicio "MEJORAMIENTO DEL CAMINO VECINAL TRAMO: POMACOCCHA-HUANCASTOTORA", el mismo que en el marco de nuestras obligaciones contractuales cumplimos a cabalidad, por lo que en su momento la obra fue entregada y recepcionada sin ninguna observación. (**MEDIO DE PRUEBA 01** - copia legalizada de contrato de servicios de movimiento de tierra).

TERCERO: En el marco de ejecución contractual, CONSORCIO VIAL CONGALLA, cumplió a cabalidad el servicio solicitado por la entidad contratante, respecto al movimiento de tierra, por lo que; en su debido momento se le entregaron las respectivas actas de conformidad por cada valorización del servicio prestado:

- **1er. Acta de Conformidad**, de fecha 16 de agosto de 2010, debidamente rubricado por el gerente de infraestructura Gustavo Palomino Herrera, el residente de obra Ing. Felipe Cuba Camero y el jefe de supervisión Ing.

Yony Paucar Toro, los mismo que dan conformidad de la orden de servicio, por lo que expiden la conformidad a fin de autorizar la cancelación respectiva. (MEDIO DE PRUEBA 02 – Copia simple de 1er. acta de conformidad de servicios, Primera valorización).

Consecuentemente a la emisión del acta de conformidad arriba detallada, se les entregó el Comprobante de Pago N° 706, de fecha 19 de agosto del 2010, juntamente con un cheque N° 58125632 girado a su favor por la suma de S/.173,596.73, los mismos que adjuntan como prueba fehaciente de que el servicio fue cumplido a cabalidad. (MEDIO DE PRUEBA 03 – Copia simple de 1er. comprobante de pago y cheque N° 58125632 por el servicio prestado satisfactoriamente, primera valorización).

- *2da. Acta de Conformidad, de fecha 16 de Setiembre de 2010, del mismo modo se encuentra rubricado por las autoridades correspondientes dando conformidad a fin de autorizar la cancelación respectiva por los servicios prestados. (MEDIO DE PRUEBA 04 – Copia simple de 2da. Acta de Conformidad de Servicios, segunda valorización).*

Consecuentemente a la emisión del acta de conformidad arriba detallada, se les entregó el Comprobante de Pago N° 944 de fecha 20 de setiembre del 2010, juntamente con un cheque N° 58123816 girado a su favor por la suma de S/.479,482.81, los mismos que adjuntan como prueba fehaciente de que el servicio fue cumplido a cabalidad. (MEDIO DE PRUEBA 05 – Copia simple de comprobante de pago y cheque N° 58123816, segunda valorización).

- *3era. Acta de Conformidad, de fecha 29 de noviembre 2010, del mismo modo se encuentra rubricado por autoridades correspondientes dando conformidad a fin de autorizar la cancelación respectiva por los servicios*

prestados. (**MEDIO DE PRUEBA 06** – Copia simple de acta de conformidad de servicios, tercera valorización).

Consecuentemente a la emisión del acta de conformidad arriba detallada, se les entregó el Comprobante de Pago N°1481, de fecha 02 de diciembre del 2010, juntamente con un cheque N° 58701838 girado a su favor por la suma de S/.115,055.55, los mismos que cumplen con adjuntar como prueba fehaciente de que el servicio fue cumplido a cabalidad. (**MEDIO DE PRUEBA 07** – Copia simple de comprobante de pago y cheque N° 58701838, tercera valorización).

CUARTO: Asimismo; con fecha 19 de agosto del 2010, se les entregó el comprobante de pago N° 000706, cuyo importe facturado por los servicios asciende a la suma de: S/. 258,945. 07, es en este acto, en el que; se realizó la RETENCION POR GARANTIA DE FIEL CUMPLIMIENTO DEL 10%, que asciende a la suma de S/. 85,348.34. (**MEDIO DE PRUEBA 08**– comprobante de pago, primera valorización).

Habiéndose realizado la retención respectiva del 10 % por concepto de garantía de fiel cumplimiento, se autorizó al pago de la suma restante que asciende a: S/. 173,596.73 soles; ello de conformidad con el cheque N° 58125632.

El mencionado monto de fiel cumplimiento antes detallado, solicita la demandante sea devuelto.

QUINTO: Con fecha 06 de diciembre del 2010, se emite informe especial de supervisión de obra N°015-201-JS./YPACONS/YPP, en la que la empresa supervisora y PACONS S.R.L, remite expediente de liquidación final de contrato de servicio, el mismo que señala que ha sido revisado y supervisado por lo que; expresan conformidad de este modo recomiendan

la devolución del fondo de garantía del 10% retenido al proveedor por concepto de fiel cumplimiento. (**MEDIO DE PRUEBA 09**- copia simple del informe especial de supervisión de obra).

Es de señalar que, con fecha 17 de enero del 2011, se emite INFORME N° 006-2011/GOB.REG.-HVCA/GSRA-OSL/RMÑ, del Ing. Rubén Mauri Ñahui jefe de la oficina de supervisión y liquidación, quien en atención al informe emitido por la empresa supervisora YPACONS S.R.L, manifiesta dar conformidad para la devolución del fondo de garantía del 10% retenido a la demandante. (**MEDIO DE PRUEBA 10**- copia simple del informe emitido por la oficina de supervisión y liquidación).

Del mismo modo con fecha 04 de febrero del 2011, se emite INFORME N° 005-2011/GOB.REG.-HVCA/GSRA-SIG/VGC, por el Asistente Técnico en Infraestructura, señor Vladimir Giráldez Ccora, quien determina que el servicio fue cumplido al 100%, en su debido tiempo según el contrato. Razón por la que; el subgerente de infraestructura Ing. Gustavo Palomino Herrera emite Informe N° 13-2011/ GOB.REG.-HVCA/GSRA-SIG/RPH, indicando que el proveedor del servicio ha cumplido al 100% con los trabajos encomendados. (**MEDIO DE PRUEBA 11**- copia simple del informe emitido por la oficina de Infraestructura).

SEXTO: Con fecha 08 de junio del 2011, se emite informe N° 0097 - 2011/GOB.REG.-HVCA/GSRA-OSL/ING – UQA, por el Sub Gerente de Supervisión y Liquidaciones Ing. Ulises Quispe Aybar, quien remite conformidad de servicios, por lo que; a su vez, manifiesta haber absuelto las observancias que se le efectuó a la demandante y consecuentemente señala que el fondo de retención correspondiente al 10% del costo del servicio ascendente al monto de S/. 85,348.34 (COHENTA Y CINCO MIL TRESCIENTOS CUARENTA Y OCHO CON 34/100 SOLES, debe ser devuelto al Consorcio Vial Congalla. (**MEDIO DE PRUEBA 12** - adjunto en

copia simple informe N° 0097-2011).

SEPTIMO: Previo a las conformidades de los ejecutores de obra- residente y supervisor respectivamente- con fecha 12 de agosto del 2011 se emite informe N° 0500-2011/GOB.REG.-HVCA/GSRA-SIG/CPR, por el sub gerente de infraestructura ing. Carlos Poma Ramos, quien remite conformidad de servicios, por lo que; manifiesta que la gerencia sub regional de Angaraes debe realizar la devolución de la retención del 10% del monto contractual por garantía de fiel cumplimiento el servicio contratado con la entidad. **(MEDIO DE PRUEBA 13** - adjunto en copia simple informe N° 0500).

OCTAVO: CONSORCIO VIAL CONGALLA, solicita certificado de conformidad de servicio, en razón a la solicitud presentada, con fecha 15 de Setiembre de 2011, EL SUB GERENTE DE LA GERENCIA SUB REGIONAL DE ANAGARES DEL GOBIERNO REGIONAL DE HUNACAVELICA Ing. Raúl Gustavo Palomino, emite certificado de conformidad de servicios, manifestando expresamente que el consorcio VIAL CONGALLA, ha concluido con los servicios prestados a la entidad sin incurrir en moras ni penalidades. **(MEDIO DE PRUEBA 14-** copia legalizada de CERTIFICADO DE CONFORMIDAD DE SERVICIOS).

NOVENO: Con fecha 30 de setiembre del 2014, CONSORCIO VIAL CONGALLA, envía carta N°018- 2014/CONSORCIOVIALCONGALLA dirigido a la sub gerencia de Angaraes, solicitando constancia de conformidad de servicio, la misma que fue recepcionada el día 13 de octubre del 2014 conforme consta en cargo que adjunta a la demanda.

En razón a la solicitud presentada, con fecha 24 de octubre del año 2014, el jefe de la oficina de infraestructura, Ing. Rubén Mauri Ñahui emite Constancia De Conformidad, manifestando expresamente que el consorcio

VIAL CONGALLA ha concluido los servicios prestados a la entidad sin incurrir en penalidad o multa alguna. (**MEDIO DE PRUEBA 15**– copia legalizada de constancia de conformidad).

DECIMO: Sin perjuicio de los informes antes detallado y en vista de que no obtuvieron ningún tipo de respuesta respecto a sus solicitudes de devolución de retención indebida del 10% del monto total del servicio, procedieron a enviar sendos requerimientos, ello de forma reiterada y oportuna solicitando la inmediata devolución de la retención del 10%, por concepto de fiel cumplimiento ascendente a la suma de 85,348.34 soles, empero dichos requerimientos hasta la fecha no han sido atendidos y aún se mantiene retenido de manera indebida generándose daños y perjuicios al **CONSORCIO VIAL CONGALLA**.

Fundamentación del petitorio:

- 1. RESPECTO A LA PRIMERA PRETENCIÓN:** Respecto a la primera pretensión: "Que, el Arbitro Único AD HOC, **ORDENE** al GOBIERNO REGIONAL DE HUANCVELICA –GERENCIA SUB REGIONAL DE ANGARAES, la devolución a favor de la representada la suma de S/. 85,348.34 (Ochenta y cinco mil trescientos cuarenta y ocho y 34/100 soles), por concepto de retención del 10% de garantía de fiel cumplimiento".

Al respecto señalan que, en vista de lo ya detallado, respecto a los sendos informes y opiniones legales, queda demostrado de forma fehacientemente que; el GOBIERNO REGIONAL DE HUANCVELICA-GERENCIA SUB-REGIONAL DE ANGARES, **MANTIENE A LA FECHA RETENIDO Y BAJO NINGÚN ARGUMENTO VÁLIDO LA SUMA DE S/. 85,348.44** (Ochenta y cinco mil trescientos cuarenta y ocho y 34/100 soles), **el 10% POR CONCEPTO DE FIEL CUMPLIMIENTO**.

A su vez; señalan que, está probado que la demandada mantiene retenido el 10% por concepto de fiel cumplimiento, ya que; la demandante no ha incurrido en atrasos ni penalidades tal como lo detallan los sendos informes antes descritos y las respectivas actas y certificados de conformidad de los servicios prestados, anexados como medios prueba.

Han transcurrido 6 años aproximadamente y la entidad demandada nunca se preocupó en devolver el monto retenido, a pesar de las solicitudes realizadas por la demandante, y a su vez; haciendo caso omiso a las múltiples informe y opiniones legales que manifestaban se devolviera el monto retenido del 10% por concepto de fiel cumplimiento, circunstancia ante la cual, en el marco de la ley de contrataciones del estado y su reglamentado se vieron en la imperiosa necesidad de iniciar el procedimiento arbitral, en busca de que se les entregue el monto indebidamente retenido.

2. **RESPECTO A LA SEGUNDA PRETENCIÓN:** Respecto a la segunda pretensión: "Que, el Arbitro Único AD HOC, **tribunal arbitral unipersonal ORDENE al GOBIERNO REGIONAL DE HUANCVELICA-GERENCIA SUB REGIONAL DE ANGARAES, al pago a favor de la demandante por concepto de DAÑOS Y PERJUICIOS, RESPECTO AL LUCRO CESANTE, la suma ascendente a: S/. 247,751.71 (DOSCIENTOS CUARENTA Y SIETE MIL SETECIENTOS CINCUENTA Y UNO CON 71/100 SOLES).**

DAÑOS Y PERJUICIOS”

“Al respecto la jurisprudencia señala: *“Si el deudor no cumple su obligación cuando y como debiera, el acreedor tiene el derecho de obtener una indemnización por daños y perjuicios, es decir, una suma en dinero equivalente al provecho que hubiera obtenido del cumplimiento efectivo y exacto de la obligación, a título de indemnización por el perjuicio sufrido”* (1). *Indemnizar quiere decir poner a una persona, en cuanto sea posible, en la misma situación en que se encontraría si no se hubiese producido el acontecimiento que obliga a la indemnización”*.

PARA QUE PROCEDA LA INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS SE REQUIERE LA CONCURRENCIA DE TRES ELEMENTOS:

- (a) La inejecución de la obligación, que es el elemento objetivo; la inejecución de la obligación, no requiere mayores comentarios. El deudor, simplemente, incumple la obligación, o la cumple en forma parcial, tardía o defectuosa, sea por acción o por omisión.
- (b) **La imputabilidad del deudor**, o sea el vínculo de causalidad entre el dolo y la culpa y el daño, que es el elemento subjetivo.
- (c) **El daño**, pues la responsabilidad del deudor no queda comprometida si no cuando la inejecución de la obligación ha causado un daño al acreedor.

En la misma medida, toca al deudor, en las obligaciones de dar y de hacer, demostrar el cumplimiento; así lo exige el artículo 1229 del Código Civil, y es por ello que el deudor puede retener el pago mientras no le sea otorgado el recibo correspondiente. *(El subrayado es nuestro)*.

Que siendo así, se ven en la obligación de demandarlo en instancia arbitral siendo la vía idónea, a fin de que se me indemnice los daños y perjuicios que se han venido ocasionando en contra de la representada que a continuación detalla:

➤ **LUCRO CESANTE:**

Constituye indubitablemente el detrimento y menoscabo de sus intereses, originados por la no obtención de los recursos económicos necesarios en la oportunidad correspondiente (garantía de fiel cumplimiento), lo cual ha originado un desmedro económico por cuanto, se han visto imposibilitados de presentar la propuesta técnica y económica, en los procesos de selección al no tener los recursos económicos necesarios para las garantías correspondientes, y así solventar los procesos, tal como consta en la consulta ante la OSCE en la bandeja de procedimientos de selección de proveedor por lo que cumplen con adjuntar las CONSTANCIAS DE PARTICIPACION. Consecuentemente se vieron mellados en su capacidad de participación en los diversos procesos durante estos 6 años en las que de forma indebida la entidad hoy demanda no cumplió con devolver en forma oportuna el monto antes detallado. Los procesos a los que se inscribieron, pero, que no llegaron a presentarse por falta de recursos económicos, que bien hubieran podido ser cubiertos por el monto retenido, generando utilidades netas para la demandante, que a la fecha ha producido pérdidas y menoscabo en su crecimiento empresarial. Cabe señalar que para la presente demanda solo se está considerando los procesos más pequeños a los que se inscribieron dejando de lado los procesos de mayor cuantía, buscando con ello demostrar que la representada CONSORCIO VIAL CONGALLA.

En mérito a ello señalan que el detrimento y menoscabo sufrido

Handwritten marks: a small 'e' and a large vertical scribble.

asciende al monto de: **S/. 247,751.71 (DOSCIENTOS CUARENTA Y SIETE MIL SETECIENTOS CINCUENTA Y UNO CON 71/100 SOLES)**. Monto que deberá ser pagado por la demandada, por los argumentos antes detallados.

3. **RESPECTO A LA TERCERA PRETENCIÓN:** Respecto a la tercera pretensión: "Que, el Arbitro Único AD HOC, **ORDENE** a la GOBIERNO REGIONAL DE HUANCVELICA –GERENCIA SUB REGIONAL DE ANGARAES, al pago a favor de la demandante de la suma ascendente a: S/. 13,612.22 (TRECE MIL SEISCIENTOS DOCE CON 22/100 SOLES), por concepto de los intereses legales devengados, que corresponden a la retención del 10%, por concepto de fiel cumplimiento, desde el: 1 de enero de 2011 hasta el 22 de febrero de 2017. (**MEDIO DE PRUEBA 16**– Informe emitido por contador público respecto al interés legal).

4. **RESPECTO A LA CUARTA PRETENCIÓN:** Respecto a la cuarta pretensión: "Que, el Arbitro Único AD HOC, **ORDENE** al GOBIERNO REGIONAL DE HUANCVELICA –GERENCIA SUB REGIONAL DE ANGARAES, al pago de los costas, costos" que, estando a que la demandada, con la retención del 10% del monto por concepto de fiel cumplimiento, los ha obligado a tener que recurrir a los mecanismos de solución de controversia, como en el presente procedimiento arbitral, deberá ser condenado al pago a favor de la demandante de los costos, costas y todos los gastos en general que irroque el presente proceso arbitral:

- **respecto a los COSTOS:** hasta el momento suman; **S/.42,100.00 (CUARENTA Y DOS MIL CIEN 00/100 SOLES)**. (**MEDIO DE PRUEBA 17** – copia simple de recibos por honorarios y copia de factura ° 106).

Por lo que pasan a detallar las mismas:

CONCEPTO	MONTO	DOCUMENTO
Gastos de representación	S/. 18,000.00	Recibo por honorarios N° E001-4
Gastos de asesoría legal	S/. 21,600.00	Recibo por honorarios N° E001-1
movilización de personal instalación de arbitraje	S/. 2,500.00	Factura N°106

DEJANDO RESERVADO EL DERECHO DE ACUMULAR LOS DEMAS MONTOS GENERADOS AL FINAL DEL PRESENTE PROCESO.

- **respecto a los COSTAS:** Dejan reservado el pago de las costas por honorarios de árbitro único y la secretaria arbitral; ya que, la misma no han sido considerada al momento, por desconocer cuál será el monto total que subrogue la presente demanda. Los montos arriba detallados deben ser asumidos en su totalidad por la entidad hoy demanda puesto que; por su incumplimiento, los ha obligado a tener que recurrir a los mecanismos de solución de controversia, como en el presente procedimiento arbitral.

IV. CONTESTACION DE DEMANDA ARBITRAL PRESENTADA GERENCIA SUB- REGIONAL DE ANGARAES – GOBIERNO REGIONAL DE HUANCVELICA

Que, mediante escrito de fecha 25 de julio del 2017, presentado por la entidad

“GERENCIA SUB- REGIONAL DE ANGARAES – GOBIERNO REGIONAL DE HUANCVELICA”, procede a contestar la demanda en los siguientes términos:

PETITORIO.-

Que, en mérito a la resolución N° 01, notificada a la Procuraduría Pública Regional de Huancavelica en fecha 11 de julio de 2017, dentro del plazo cumple con contestar la demanda interpuesta por el CONSORCIO VIAL CONGALLA.

II FUNDAMENTO DE HECHO

Primero: Que, con fecha 04 de junio de 2010, el gobierno regional de Huancavelica y el Consorcio Vial Congalla, representado legamente por el Ing. Hugo Carlos Hinostroza Huacachi, suscribieron el contrato de servicio de movimiento de tierra N° 008-2010/GSRA, por el monto total de S/853,483.43 (ochocientos cincuenta y tres mil cuatrocientos ochenta y tres y 43/100 nuevo soles), con una vigencia del contrato por un espacio de 105 días calendarios a partir del presente contrato.

RESPECTO A LAS PRETENSIONES DEL CONSORCIO VIAL CONGALLA

1. **PRIMERA PRETENSIÓN:** Que, el árbitro único ad hoc ordene al Gobierno Regional de Huancavelica – Gerencia Sub Regional de Angares, la devolución a favor de la demandante la suma de S/85.348.34 (ochenta y cinco mil trescientos cuarenta y ocho y 34/100 soles), por concepto de retención indebida del 10% de garantía de fiel cumplimiento.
- **Primero:** El 04 de junio de 2010, el Gobierno Regional de Huancavelica y el Consorcio Vial Congalla, suscribieron el contrato de servicio de movimiento de tierra N° 008-2010/GRSA, por el monto de S/ 853, 483.43, con una vigencia del contrato por un espacio de 105 días calendarios a partir del presente contrato, siendo la finalidad del contrato la contratación de servicio

de movimiento de tierras para la obra mejoramiento el camino vecinal tramo Pomacocha-Huancas-Totora de los Distritos de Congalla Provincia de Angares y Distrito de Pomacocha Provincia de Acobamba, Huancavelica, de acuerdo a los distritos en el expediente técnico y el informe de compatibilidad presentado por el residente y supervisor de la obra aludida.

- **Segundo:** Que, el contrato N° 088-2010/GSRA establece en su clausulas segunda:

Clausula segunda: finalidad de contrato

“La finalidad del presente contrato es la contratación del servicio de movimiento de tierras para la obra: mejoramiento del camino vecinal tramo Pomacocha –Huancas-Totoras de los Distritos de Congalla, Provincia de Angares y Distrito de Pomacocha, Provincia de Acobamba, Huancavelica, de acuerdo a lo descrito en el expediente técnico y el informe de compatibilidad presentado por el residente y supervisor de la obra aludida de acuerdo al detalle siguiente”:

N°	DESCRIPCION	UND. MED.	CANTIDAD
1	Movilización de equipo	EST.	0.42
2	Corte de material suelto con maquinaria	M3	64427,62
3	Corte de roca suelta (perforación y disparo)	M3	30267,63
4	Corte roca fija (perforación y disparo)	M3	3879,36
5	Construcción de cunetas laterales, material suelto	M	19596,00
6	Construcción de cunetas laterales de roca suelta, perforación y disparo	M	4260,00
7	Construcción de cunetas laterales en roca fija, perforación y disparo	M	2440,00

Segundo: Que, el contrato N° 088-2010/GSRA/establece en su cláusula séptima:

Clausula séptima: Garantías

“El contratista entregó a la suscripción del contrato la respectiva garantía solidaria,

irrevocable, incondicional de realizar autonomía a solo requerimiento, a favor de LA ENTIDAD, por los conceptos, importes y vigencias siguientes”:

- De acuerdo a declaración jurada presentada y en mérito al artículo 155 de la ley de contrataciones del estado el representante legal de la empresa aludida solicita la retención del 10% correspondiente a la garantía de fiel cumplimiento del contrato por la suma de S/85,348.34 nuevos soles, en el primer desembolso a realizar.

La garantía de fiel cumplimiento y, de ser el caso, la garantía por el monto diferencial de la propuesta deberá encontrarse vigente hasta la conformidad de la recepción de la prestación a cargo de EL CONTRATISTA.

- **Tercero:** Que, mediante informe N° 996-2010/GOB-REG-HVCA/GSRA-SGRI/RPH, remitido al gerente sub regional de Angaraes, se establece que el consorcio vial Congalla no había concluido con los trabajos de movimiento de tierras al 100% a pesar de haber concluido la vigencia del contrato N° 088-2010/GSRA, el mismo que tenía vigencia solo hasta el día 17 de setiembre de 2010, no habiendo solicitado el consorcio vial Congalla ampliación de plazo.

Se señala en dicho informe además que el consorcio vial Congalla no había presentado su tercera valorización por lo que debía aplicársele las respectivas penalidades.

- **Cuarto:** Que, conforme a la cláusula decima segunda del contrato, establece lo siguiente:

Clausula decima segunda: penalidades por retraso injustificado

“Si EL CONTRATISTA incurre en retraso injustificado en la ejecución de las prestaciones objeto del contrato, LA ENTIDAD la aplicará en todos los casos, una penalidad por cada día calendario de atrás, hasta por un momento máximo equivalente al diez por ciento (10%) del monto contractual, en concordancia con el artículo 165° del reglamento de la ley

de contrataciones. La penalidad se aplicará automáticamente y se calculará de acuerdo a la siguiente fórmula: (...)"

- **Quinto:** Que, mediante memorándum N° 4352010/GOB.REG.HVCA/GSRA/SGA, el Director Sub Regional de Administración de Angares, Solicita la aplicación de penalidades al Consorcio Vial Congalla.
- **Sexto:** Que, mediante informe N° 0032011/GOB.REG.HVCA/GSRA/ECOM-ACP/JNCP, del C.P Jaime Néstor Condori Paytan, comunica al Jefe de la Oficina de Economía de la Gerencia Sub Regional de Angaraes, solicita se le aplique penalidad al contratista, equivalente al 10% del monto contractual, equivalente al importe total de S/85,348.34 (ochenta y cinco mil trescientos cuarenta y ocho con 34/100 nuevos soles), señalándose que dicho importe sería deducido del importe de la garantía de fiel cumplimiento retenido en el primer desembolso del comprobante de pago N° 706, Exp. Siaf. 2666, Orden de Servicio N° 1318.
- **Séptimo:** Que, la opinión N° 020-2014/DTN establece:
"Precisado lo anterior, correspondiente señalar que la normativa de contrataciones del estado no ha establecido los conceptos de los que deben deducirse las penalidades distintas a la *"penalidad por mora en la ejecución de la prestación"*.
No obstante, debe tenerse presente que estas penalidades tienen la misma finalidad que la *"penalidad por mora en la ejecución de la prestación"*; esto es desincentivar los posibles incumplimientos de las obligaciones a cargo del contratista y resarcir a la entidad por los perjuicios que sufra como consecuencias de estos incumplimientos.
En este orden de ideas, debe entenderse que las penalidades distintas a la *"penalidad por mora en la ejecución de la prestación"*, al igual que esta última, pueden ser deducidas por la entidad de los pagos a cuenta, del pago final o de la liquidación final; así como del monto resultante de la ejecución

de las garantías de fiel cumplimiento o por el monto diferente de propuesta, si fuese necesario; pues solo así podrán cumplir con su finalidad.

Por lo tanto, se tiende que la deducción realizada por el gobierno regional de Huancavelica se efectuó en forma adecuada y de conformidad con la normatividad existente.

- **Octavo:** Que, el artículo 39° de la ley de contrataciones del estado establece:

Artículo 39: Garantía

"Las garantías que deben otorgar los postores y/o contratistas, según corresponde, son los fieles cumplimientos del contrato por los adelantos y por el monto diferencial de propuesta. Sus modalidades, montos, condiciones y excepciones son regulados en el reglamento".

Las garantías que acepten las entidades deben ser incondicionales, solidarias, irrevocables y de realización automática en el país, al solo requerimiento de la respectiva entidad bajo responsabilidad de las empresas que las emiten. Dichas empresas deben encontrarse bajo la supervisión de la superintendencia de banca y seguro y administradores privadas de fondo de pensiones y deben estar autorizadas para emitir garantías o estar consideradas en la última lista de banco extranjeros de primera categoría que periódicamente publica el Banco Central de Reserva del Perú..(...)

En los contratos periódicos de suministro de bienes o de prestación de servicio, así como en los contratos de ejecución y consultoría de obras que celebren las entidades con las micro y pequeñas empresas, éstas últimas pueden otorgar como garantía de fiel cumplimiento el diez por ciento (10%) del monto total a contratar, porcentaje que será retenido por la entidad.

Por lo tanto, la garantía de fiel cumplimiento en forma de retención del 10% del monto a contratar, solo podía ser efectuado cuando el contratista tenía a

calidad de micro y pequeña empresa, calidad con lo que no contaba el consorcio vial Congalla.

2. **SEGUNDA PRETENSIÓN:** Que, el árbitro único ad hoc ordene al gobierno regional de Huancavelica – gerencia sub regional de Angaraes, al pago a favor de la demandante por concepto de daños y perjuicio – respecto al lucro cesante, la suma ascendente S/ 247,751.71 (doscientos cuarenta y siete mil setecientos cincuenta y uno con 71/100 soles)

- **Primero:** Que, los presupuestos para la existencia de una posible indemnización de daños y perjuicio como son:

a) La ejecución de su obligación, como se ha señalado, quien incumplió con su obligación fue el contratista Misael Cipriano Joaquín Vásquez.

b) Imputabilidad del deudor: El incumplimiento de la obligación del contratista Misael Cipriano Joaquín Vásquez no es imputable de ninguna manera al gobierno regional de Huancavelica.

c) El daño: El gobierno regional de Huancavelica, no causó ningún daño, por las prestaciones a las que se encontraba obligado en mérito al contrato N° 399-2014/ORÁ, por lo tanto, deviene en infundada la prestación del contratista Misael Cipriano Joaquín Vásquez.

- **Segundo:** Así, el artículo 1321 del código civil establece lo siguiente:

Artículo 1321: *“Queda sujeta a la indemnización de daños y perjuicio quien no ejecute sus obligaciones por dolo, culpa inexcusable o culpa leve”.*

De acuerdo con las disposiciones del código civil, cuando una de las partes de un contrato no ejecuta las obligaciones que asumió, ya sea por “dolo” y “culpa inexcusable” o “culpa leve”, debe resarcir a su contraparte por los daños y perjuicios irrogados, a través de una indemnización.

Sobre el particular, Arteaga Zegarra precisa que “(...) en el caso del contratista, se aplican las reglas del derecho común: los daños y perjuicios

deben haberse producido efectivamente y, por ello, deben ser aprobados y cuantificados por quien alega haberlos sufrido; además debe existir un nexo causal entre el incumplimiento o cumplimiento inexacto de las obligaciones a cargo de la entidad y el daño efectiva y directamente irrogado por aquel”.

- **Tercero:** Que el gobierno regional de Huancavelica no ha causado ningún daño al consorcio vial Congalla, puesto que conforme se ha señalado, la deducción que se efectuó al contratista fue producto del incumplimiento en el que incurra.
 - **Cuarto:** El lucro cesante se expresa como un perjuicio patrimonial que se concretiza al dejar de percibir lo que habitualmente se hubiese ganado. En la doctrina extranjera encontramos que para Orgaz(1967) quien señala que, el lucro cesante comprende las ganancias que se dejó de percibir. Ante esto debe tenerse en cuenta que resulta inverosímil lo vertido por el consorcio vial Congalla, quien señala “que se le había causado un desmedro económico por cuanto, se habría visto imposibilitado de presentar propuestas técnicas y económica en los procesos de selección al no tener recursos económicos necesarios para las garantías correspondientes”, sin tener en cuenta el contratista que, conforme el mismo ha señalado, el gobierno regional de Huancavelica le ha cancelado casi la totalidad del por el servicio prestado a la entidad en mérito al contrato N° 008-2010/GSRA, el cual asciende a la suma de s/853,483.43 (ochocientos cincuenta y tres mil cuatrocientos ochenta y tres con 43/100 nuevos soles), siendo inconsistente por lo tanto lo vertido por el contratista.
3. **TERCERA PRETENSION:** Que, el Arbitro Único Ad Hoc ordene al gobierno regional de Huancavelica – gerencia sub regional de Angaraes, el pago a favor de la demandante la suma ascendente a S/13,612.22 (trece mil seiscientos doce con 22/100 soles), por concepto de los intereses legales devengados por concepto de retención indebida del 10% de fiel

cumplimiento, desde el 01 de enero de 2011 hasta el 22 de febrero de 2017.

- **Primero:** Que, el consorcio vial Congalla no ha señalado que tipo de intereses pretende que se pague, coligiéndose que se trata que pretende el pago de intereses compensatorio. Los daños y perjuicios moratorios son los que el deudor está obligado a abonar al acreedor por el retraso en el cumplimiento de la obligación.
- **Segundo:** Que, conforme se ha señalado el que habría incurrido en incumplimiento en la ejecución del contrato N° 088-2010/GSRA, fue el Consorcio Vial Congalla, producto por el cual se le aplica la penalidad respectiva, motivos por el cual se dedujo dicho monto de su garantía de fiel cumplimiento que fue realizado en forma de retención.

4. **CUARTA PRETENSIÓN:** Que, el tribunal arbitral unipersonal ordene al gobierno regional de Huancavelica – gerencia sub regional de Angaraes, al pago de los costos, costas.

Respecto a los costos: hasta el monto suman: S/ 48,700.00 (cuarenta y dos mil cien 00/100 soles), dejando reservado el derecho de acumular los demás montos generados al final del presente proceso.

Respecto a las costas: dejamos reservado el pago de las costas por honorarios de árbitro único y secretaria arbitral; ya que la misma no han sido considerada al momento, por desconocer cuál será el monto que subrogue la presente demanda.

V. **AUDIENCIA DE SANEAMIENTO PROCESAL, FIJACION Y DETERMINACIÓN DE PUNTOS CONTROVERTIDOS Y ADMISION DE MEDIOS PROBATORIOS.**

Con fecha 08 de febrero del 2018 se celebró la Audiencia de Conciliación y Determinación de Puntos Controvertidos y se dispuso la fijación de los siguientes puntos controvertidos:

1.- Determinar si corresponde ordenar al Gobierno Regional de Huancavelica – Gerencia Sub Regional de Angaraes, la devolución a favor de la demandante de la suma de s/ 85,348.34 (ochenta y cinco mil trescientos cuarenta y ocho y 34/100 soles) por concepto de retención indebida del 10% de garantía de fiel cumplimiento.

2.- Determinar si corresponde ordenar al Gobierno Regional de Huancavelica – Gerencia Sub Regional de Angaraes, el pago a favor de la demandante, por concepto de daños y perjuicios, respecto al lucro cesante, la suma de S/247,751.71 (doscientos cuarenta y siete mil setecientos cincuenta y uno con 71/100 soles).

3.- Determinar si corresponde ordenar al Gobierno Regional de Huancavelica – Gerencia Sub Regional de Angaraes el pago a la demandante, la suma ascendente a S/ 13,612.22 (trece mil seiscientos doce con 22/100 soles) por concepto de los intereses legales devengados, concepto de retención indebida del 10% del fiel cumplimiento, desde 1 de enero de 2011 hasta el 22 de febrero de 2017.

4.- Determinar si corresponde ordenar al Gobierno Regional de Huancavelica – Gerencia Sub Regional de Angaraes al pago de las costas, costos.

VII. ALEGATOS

Que, mediante resolución N° 09 de fecha 05 de abril del 2018, el Arbitro Único resolvió tener por presentado por parte de Consorcio Vial Congalla su escrito de

alegatos, así mismo por parte de la Gerencia Sub- Regional de Angaraes – Gobierno Regional de Huancavelica, se tuvo presente su escrito de alegatos. Asimismo con fecha 14 de mayo del 2018 se llevó a cabo la audiencia de informe oral de los alegatos.

VIII. PLAZO PARA LAUDAR

Mediante la Audiencia de Informes Orales de fecha 14 de mayo del 2018, se señaló Tráigase para Laudar en el plazo de treinta (30) días hábiles de notificada el acta en mención, el mismo que podrá ser prorrogado hasta por treinta (30) días hábiles adicionales.

IX. CUESTIONES PRELIMINARES

Antes de entrar a analizar las materias controvertidas, corresponde confirmar lo siguiente:

- Que el Arbitro Único fue designado de conformidad con la normatividad en Contrataciones del Estado por el OSCE.
- Que en momento alguno se ha impugnado o reclamado contra las disposiciones de procedimiento dispuestas en el Acta de Instalación de este Tribunal Arbitral.
- Que, CONSORCIO VIAL CONGALLA presentó su demanda dentro de los plazos dispuestos.
- Que, el GOBIERNO REGIONAL DE HUANCVELICA fue debidamente emplazada con la demanda y la misma contestó la demanda, por lo tanto, ejerció plenamente su derecho de defensa.
- Que las partes han tenido plena oportunidad para ofrecer y actuar las pruebas ofrecidas, habiendo sido el Arbitro Único diligente en realizar todas las Audiencias necesarias para que las partes sustenten con profundidad sus posiciones.
- Que las partes han tenido la facultad de presentar alegatos e inclusive, de informar oralmente.

- Que el Arbitro Único ha procedido a Laudar dentro de los plazos dispuestos en el presente arbitraje.

X. DE LA PRUEBA ACTUADA Y LOS ARGUMENTOS EXPUESTOS

El Arbitro Único deja constancia de que ha analizado todos los argumentos de defensa expuestos por las partes y examinado las pruebas presentadas por éstas de acuerdo a las reglas de la sana crítica y al principio de libre valoración de la prueba recogido en el artículo 37° de la Ley de Arbitraje y que el sentido de su decisión es el resultado de ese análisis y de su convicción sobre la controversia, al margen que algunas de las pruebas presentadas o actuadas y algunos de los argumentos esgrimidos por las partes no hayan sido expresamente citados en el presente laudo

XI. ANÁLISIS DE LOS PUNTOS CONTROVERTIDOS MATERIA DE LITIS.

Como se ha indicado corresponde resolver los siguientes puntos controvertidos materia de Litis:

Primera Pretensión Principal:

Determinar si corresponde o no ordenar al Gobierno Regional de Huancavelica – Gerencia Sub Regional de Angaraes, la devolución a favor de la demandante de la suma de S/ 85,348.34 (ochenta y cinco mil trescientos cuarenta y ocho y 34/100 soles) por concepto de retención indebida del 10% de garantía de fiel cumplimiento.

Conforme obra de autos con fecha 04 de junio del 2010 las partes suscribieron el contrato de Servicios de Movimiento de Tierra No. 088-2010/GSRA, para la prestación del servicio “Mejoramiento del Camino Vecinal tramo: Pomacocha-Huancastotora”.

Respecto de este primer punto controvertido preliminarmente corresponde verificar que señala la legislación de la materia respecto de la denominada garantía de fiel

cumplimiento, en ese sentido debemos mencionar que la Ley de Contrataciones del Estado, D.L. 1017, en su artículo 39 señala:

“Artículo 39°.- Garantías

Las garantías que deben otorgar los postores y/o contratistas, según corresponda son las de fiel cumplimiento del contrato, por adelantos y por el monto diferencial de propuesta. Sus modalidades, montos, condiciones y excepciones son regulados en el reglamento.

Las garantías que acepten las Entidades deben ser incondicionales, solidarias, irrevocables y de realización automática en el país, al solo requerimiento de la respectiva Entidad, bajo responsabilidad de las empresas que las emiten. Dichas empresas deben encontrarse bajo la supervisión de la Superintendencia de Banca y Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones y deben estar autorizadas para emitir garantías; o estar consideradas en la última lista de bancos extranjeros de primera categoría que periódicamente publica el Banco Central de Reserva del Perú.

En virtud de la realización automática, a primera solicitud, las empresas emisoras no pueden oponer excusión alguna a la ejecución de las garantías debiendo limitarse a honrarlas de inmediato dentro del plazo máximo de tres (3) días. Toda demora genera responsabilidad solidaria para el emisor de la garantía y para el postor o contratista, y da lugar al pago de intereses en favor de la Entidad.

El reglamento señala el tratamiento a seguirse en los casos de contratos de arrendamiento y de aquellos donde la prestación se cumpla por adelantado al pago.

En los contratos periódicos de suministro de bienes o de prestación de servicios, así como en los contratos de ejecución y consultoría de obras que celebren las Entidades con las Micro y Pequeñas Empresas, éstas últimas pueden otorgar como garantía de fiel cumplimiento el diez por ciento del monto total a contratar, porcentaje que será retenido por la Entidad.

En el caso de los contratos para ejecución de obras, tal beneficio será procedente cuando:

a) Por el monto, el contrato a suscribirse corresponda a un proceso de selección de adjudicación de menor cuantía, a una adjudicación directa selectiva o a una adjudicación directa pública.

b) El plazo de ejecución de la obra sea igual o mayor a sesenta (60) días calendario.

c) El pago a favor del contratista considere, al menos, dos (2) valorizaciones periódicas en función del avance de la obra.

Sin perjuicio de la conservación definitiva de los montos retenidos, el incumplimiento injustificado, por parte de los contratistas beneficiados con lo dispuesto en el presente artículo, que motive la resolución del contrato, da lugar a la inhabilitación temporal para contratar con el Estado por un período no menor a un (1) año ni mayor a dos (2) años.”

Por su parte el Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, D.S. No. 084-2008-EF, señala al respecto:

“Artículo 155°.- Garantías

Las bases del proceso de selección establecerán el tipo de garantía que le otorgará el postor y/o contratista, según corresponda.

En los casos que resulte aplicable la retención del diez por ciento (10%) del monto del contrato original como garantía de fiel cumplimiento dicha retención se efectuara durante la primera mitad del número total de pagos a realizarse, de forma prorrateada, con cargo a ser devuelto a la finalización del mismo.

Las Entidades están obligadas a aceptar las garantías que se hubieren emitido conforme a lo dispuesto en los párrafos precedentes, bajo responsabilidad. Aquellas empresas que no cumplan con honrar la garantía otorgada en el plazo establecido en el artículo 39 de la Ley serán sancionadas por la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras

Privadas de Fondos de Pensiones.

Las garantías sólo se harán efectivas por el motivo garantizado.

Artículo 156°.- Clases de garantías

En aquellos casos y en las oportunidades previstas en el Reglamento, el postor o el contratista, según corresponda, está obligado a presentar las siguientes garantías:

- 1. Garantía de fiel cumplimiento.*
- 2. Garantía por el monto diferencial de la propuesta.*
- 3. Garantía por adelantos.”*

“Artículo 158°.- Garantía de fiel cumplimiento

Como requisito indispensable para suscribir el contrato, el postor ganador debe entregar a la entidad la garantía de fiel cumplimiento del mismo. Esta deberá ser emitida por una suma equivalente al diez por ciento (10%) del monto del contrato original y tener vigencia hasta la conformidad de la recepción de la prestación a cargo del contratista, en el caso de bienes y servicios, o hasta el consentimiento de la liquidación final en el caso de ejecución y consultoría de obras.

De manera excepcional, respecto de aquellos contratos que tengan una vigencia superior a un (1) año, previamente a la suscripción del contrato, las Entidades podrán aceptar que el ganador de la Buena Pro presente la garantía

la propuesta, con una vigencia de un (1) año, con el compromiso de renovar su vigencia hasta la conformidad de la recepción de la prestación o exista el consentimiento de la liquidación del contrato.”

“Artículo 164°.- Ejecución de garantías

Las garantías se ejecutarán a simple requerimiento de la Entidad en los siguientes supuestos:

- 1. Cuando el contratista no la hubiere renovado antes de la fecha de su*

vencimiento. *Contra esta ejecución, el contratista no tiene derecho a interponer reclamo alguno. Una vez culminado el contrato, y siempre que no existan deudas a cargo del contratista, el monto ejecutado le será devuelto a éste sin dar lugar al pago de intereses. Tratándose de las garantías por adelantos, no corresponde devolución alguna por entenderse amortizado el adelanto otorgado.*

2. La garantía de fiel cumplimiento y la garantía adicional por el monto diferencial de propuesta se ejecutarán, en su totalidad, sólo cuando la resolución por la cual la Entidad resuelve el contrato por causa imputable al contratista, haya quedado consentida o cuando por laudo arbitral consentido y ejecutoriado se declare procedente la decisión de resolver el contrato. El monto de las garantías corresponderá íntegramente a la entidad independientemente de la cuantificación del daño efectivamente irrogado.

3. Igualmente la garantía de fiel cumplimiento y de ser necesario la garantía por el monto diferencial de propuesta se ejecutarán cuando transcurridos tres (03) días de haber sido requerido por la Entidad, el contratista no hubiera cumplido con pagar el saldo a su cargo, establecido en el acta de conformidad de la recepción de la prestación a cargo del contratista, en el caso de bienes y servicios, o en la liquidación final del contrato debidamente consentida o ejecutoriada en el caso de ejecución de obras. Esta ejecución será solicitada por un monto equivalente al citado saldo a cargo del contratista."

Conforme a lo expresado, la garantía de fiel cumplimiento deberá ser emitida por una suma equivalente al diez por ciento (10%) del monto del contrato original y tener vigencia hasta la conformidad de la recepción de la prestación a cargo del contratista, en el caso de bienes y servicios, o hasta el consentimiento de la liquidación final en el caso de ejecución y consultoría de obras, por lo que corresponde analizar la situación materia de litis para determinar si fue válidamente retenida o en todo caso procede la devolución solicitada.

Conforme obra en autos (medio probatorio 01 de la demanda), el contrato materia de Litis "Contrato de servicio de movimiento de tierra No. 088-2010/GSRA", en su cláusula séptima establece el concepto de garantía de fiel cumplimiento del contrato habiendo las partes determinado que la misma se efectuará mediante retención del 10% correspondiente al monto del contrato, es decir, la suma de S/. 85,348.34, monto que efectivamente se retuvo del pago de la primera valorización ascendente a la suma de S/. 258,945.07, monto del cual se retuvo el monto de garantía señalado habiéndose efectuado el pago al contratista de la diferencia ascendente a la suma de S/. 173,596.73 soles, así está acreditado y obra en autos en el expediente (medio probatorio 08 de la demanda).

Habiéndose determinado que efectivamente se cumplió con la retención de la garantía de fiel cumplimiento, corresponde determinar si procede o no su devolución, para ello debemos tener presente que conforme al artículo 158 del reglamento, dicha garantía debió estar vigente hasta la conformidad de la recepción de la prestación a cargo del contratista, en el caso de bienes y servicios, o hasta el consentimiento de la liquidación final, en el caso de ejecución y consultoría de obras, por otro lado el artículo 164, establece los casos en que procede la ejecución de garantías, por lo que debemos determinar si alguno de dichos supuestos se cumplieron en el desarrollo del contrato materia de Litis.

En efecto, el mencionado contrato señala en su cláusula cuarta, la forma de pago, el mismo que producirá solo luego de la recepción formal y completa de la documentación correspondiente conforme al artículo 181 del reglamento y para ello es necesario que se de conformidad a la prestación y se establecen los pagos en 4 valorizaciones. Asimismo, debemos tener en cuenta que el contrato en su cláusula novena establece la conformidad del servicio, señalando que el mismo debe realizarse conforma a lo estipulado por el artículo 176 del reglamento y deberá efectuarla la subgerencia de infraestructura, asimismo señala que en caso existir observaciones se levantará un acta en donde se señalen con claridad y se otorgará al contratista un plazo para su subsanación y en caso no lo haga se

procederá con la resolución contractual. Por otro lado, la cláusula décimo segunda establece las penalidades por retraso injustificado.

En este orden de ideas es preciso señalar que obran en autos la primera acta de conformidad de fecha 16 de agosto del 2010 y el pago, segunda acta de conformidad de fecha 16 de setiembre del 2010 y el pago correspondiente y la tercera acta de conformidad de fecha 29 de noviembre del 2010 y el pago correspondiente. Asimismo, debemos mencionar que las referidas actas de conformidad están debidamente suscritas por el residente de obra, jefe de supervisión y el subgerente de infraestructura.

Por otro lado obran en autos el Certificado de Conformidad de Servicio de fecha 15 de setiembre del 2011, suscrito por el subgerente de la Gerencia Sub Regional Angaraes del Gobierno Regional de Huancavelica, en donde expresamente se señala que el servicio fue prestado dentro de los plazos establecidos sin incurrir en moras ni penalidades, asimismo obra en autos la Constancia de conformidad al servicio de fecha 24 de octubre del 2014 debidamente suscrito por el subgerente de infraestructura documentos que obran como anexos de la demanda. Asimismo, mediante escrito de fecha 07 de febrero del 2018, el demandante presenta el Certificado de Terminación de Servicios, de fecha 18 de setiembre del 2010, en donde se deja constancia que el trabajo se ha terminado conforme al contrato y especificaciones técnicas sin que se haya incurrido en penalidad por incumplimiento y se encuentra suscrito por el representante del contratista. El residente de obra y el jefe de supervisión.

En ese sentido podemos apreciar que el contratista habría cumplido con sus obligaciones contractuales, sin embargo, es preciso señalar que la entidad demandada en su escrito de contestación de demanda presenta el informe N0. 996-2010/GOB-REG-HVCA/GSRA-SGI/RPH, de fecha 21 de octubre del 2010, en donde se señala que el contratista no habría concluido con el 100% de los trabajos, asimismo obra en autos el memorándum No. 435-

2010/GOB.REG.HVCA/GSRA/SGA, en donde se solicita aplicación de penalidades al contratista y el informe No. 003-2011/GOB.REG.HVCA/GSRA/ECOM-ACP/JNCP en donde también se solicita la aplicación de penalidad sobre el fondo de garantía de fiel cumplimiento. Como puede apreciarse dichos documentos se contradicen con los certificados de cumplimiento presentados por el demandante y que no han sido cuestionados por el demandado, por lo que deben valorarse conforme su importancia y origen, pues tendiendo a ello los mencionados informes presentados por la entidad demandada son documentos internos y no demuestran que hayan sido puestos en conocimiento del demandante.

Es menester señalar en este extremo que la demandante, como anexos a su demanda presenta también diversos informes de la entidad en donde se aprecia la certificación del cumplimiento de sus obligaciones contractuales y por lo tanto la procedencia de la devolución de la garantía de fiel cumplimiento, dichos documentos son:

- Informe especial de supervisión de obra N°015-201-JS./YPACONS/YPP, de fecha 06 de diciembre del 2010, en la que la empresa supervisora y PACONS S.R.L, remite expediente de liquidación final de contrato de servicio, el mismo que señala que ha sido revisado y supervisado por lo que; expresan conformidad y recomiendan la devolución del fondo de garantía del 10%.
- Informe N° 006-2011/GOB.REG.-HVCA/GSRA-OSL/RMÑ, del Ing. Rubén Mauri Nahui jefe, de la oficina de supervisión y liquidación de fecha 17 de enero del 2011, quien en atención al informe emitido por la empresa supervisora YPACONS S.R.L, manifiesta dar conformidad para la devolución del fondo de garantía del 10% retenido a la demandante.
- INFORME N° 005-2011/GOB.REG.-HVCA/GSRA-SIG/VGC, emitido por el

Asistente Técnico en Infraestructura, señor Vladimir Giráldez Ccora, de fecha 04 de febrero del 2011, quien determina que el servicio fue cumplido al 100%, en su debido tiempo según el contrato. Razón por la que; el subgerente de infraestructura Ing. Gustavo Palomino Herrera emite Informe N° 13-2011/ GOB.REG.-HVCA/GSRA-SIG/RPH, indicando que el proveedor del servicio ha cumplido al 100% con los trabajos encomendados.

- Informe N° 0097 - 2011/GOB.REG.-HVCA/GSRA-OSL/ING – UQA, emitido por el Sub Gerente de Supervisión y Liquidaciones Ing. Ulises Quispe Aybar de fecha 08 de junio del 2011, quien remite conformidad de servicios, por lo que; a su vez, manifiesta haber absuelto las observancias que se le efectuó a la demandante presentada y consecuentemente señala que el fondo de retención correspondiente al 10% del costo del servicio ascendente al monto de S/. 85,348.34 (COHENTA Y CINCO MIL TRESCIENTOS CUARENTA Y OCHO CON 34/100 SOLES, debe ser devuelto al Consorcio Vial Congalla..
- Informe N° 0500-2011/GOB.REG.-HVCA/GSRA-SIG/CPR, Previo a las conformidades de los ejecutores de obra - residente y supervisor respectivamente - de fecha 12 de agosto del 2011 emitido, por el sub gerente de infraestructura ing. Carlos Poma Ramos, quien remite conformidad de servicios, por lo que; manifiesta que la gerencia sub regional de Angaraes debe realizar la devolución de la retención del 10% del monto contractual por garantía de fiel cumplimiento el servicio contratado con la entidad.

En este marco de ideas corresponde señalar que el mencionado informe N° 0500-2011/GOB.REG.-HVCA/GSRA-SIG/CPR, al margen de señalar la conformidad y cumplimiento del servicio, señala que *“por error involuntario se ha comprometido el cobro de penalidades a la empresa “CONSORCIO VIAL CONGALLA” quienes han solicitado el reembolso de la garantía de fiel cumplimiento por los trabajos*

efectuados, por lo que el informe da inconsistencia al resto que subsiguientemente se presente y que involuntariamente pueden perjudicar los intereses de la institución con el cobro de mora e intereses por parte del interesado”, en ese sentido se demuestra que la supuesta aplicación de penalidades por incumplimiento nunca se aplicó formalmente y es más la autoridad encargada de emitir la conformidad (el sub gerente de infraestructura ing. Carlos Poma Ramos, conforme a la cláusula novena del contrato) señala que esto obedece a un error, por lo que no procede y debe devolverse el fondo de garantía por fiel cumplimiento.

Es menester señalar que la entidad demandada no ha cuestionado ninguno de los documentos ofrecidos como medios probatorios por el demandante, descritos en los considerandos precedentes, por lo que las constancias de conformidad de servicio presentadas deben ser apreciadas como ciertas y asignarles la validez que correspondan, es decir constituyen la prueba que el servicio se prestó conforme a lo pactado en el contrato.

En razón a lo expuesto corresponde declarar fundado el presente punto controvertido y en consecuencia se proceda a la devolución de la garantía de fiel cumplimiento por parte de la entidad demandada al demandante.

Segunda Pretensión Principal:

Determinar si corresponde ordenar al Gobierno Regional de Huancavelica – Gerencia Sub Regional de Angaraes, el pago a favor de la demandante, por concepto de daños y perjuicios, respecto al lucro cesante, la suma de S/247,751.71 (doscientos cuarenta y siete mil setecientos cincuenta y uno con 71/100 soles).

Corresponde en este extremo, preliminarmente, determinar que la responsabilidad civil y su correspondiente derecho a ser indemnizado debe considerar cuatro (4)

requisitos: (i) la Antijuricidad, (ii) el Daño Causado, (iii) la Relación de Causalidad y (iv) los Factores de Atribución.

Respecto de la Antijuricidad, esta implica la contravención de una norma prohibitiva y/o la violación del sistema jurídico en su totalidad, en el sentido de afectar los valores o principios sobre los cuales ha sido construido el sistema jurídico. En ese sentido, se presenta la obligación de indemnizar cuando se causa daño a otro u otros mediante un comportamiento no amparado en el derecho, por contravenir una norma de carácter imperativo, por contravenir los principios que conforman el orden público o las reglas de convivencia social que constituyen las buenas costumbres.

Respecto del daño, este significa todo menoscabo que experimenta una persona, sea en ella misma, sea en su patrimonio, y que no necesariamente se refiera a un menoscabo por la pérdida de un derecho. Así, este es la disminución o detrimento del patrimonio o los detrimentos morales sufridos por una persona.

En cuanto a la Causalidad, este es otro requisito esencial de la responsabilidad civil. Si no existe una relación jurídica de causa a efecto entre la conducta típica o atípica, el daño producido a la víctima no habrá responsabilidad de ninguna clase.

Por último, el Factor de Atribución, está conformado por la culpa, la cual se clasifica en culpa leve culpa grave o inexcusable, y el dolo; factores de atribución que se encuentran consagrados en los artículos 1969º y 1970º del Código Civil.

En ese contexto, el Contratista, a través del presente Punto Controvertido, solicita indemnización por daños y perjuicios, por lucro cesante.

En mayor abundamiento debemos manifestar que el acreedor tiene el derecho de exigir las pérdidas sufridas y las utilidades frustradas. Las pérdidas que sufre el acreedor como consecuencia de la inejecución de la obligación corresponden al

daño emergente y las utilidades que deja de percibir, con motivo de la misma inejecución, corresponden al lucro cesante, es decir, el daño emergente es el empobrecimiento del patrimonio del acreedor mientras que el lucro cesante corresponde al legítimo enriquecimiento que se frustró conforme lo determina el artículo 1321 del Código Civil.

La prueba del daño emergente es relativamente fácil de determinar, sin embargo, la prueba del lucro cesante es más difícil y compleja, puesto que el lucro cesante no puede acreditarse generalmente en forma directa. Entonces, cuando la ganancia podía esperarse con probabilidad, debe suponerse que esa ganancia se hubiera hecho, por eso el lucro cesante es aquello que según las circunstancias pudiera haberse esperado con probabilidad, en ese sentido corresponde justamente determinar dicha probabilidad, entendiéndose ella de una manera objetiva, como la ganancia que hubiere podido generar dicho monto dinerario en poder del demandante.

En ese orden de ideas el demandante señala como prueba de su lucro cesante un cuadro de procesos de selección donde señalan, no pudieron presentar su propuesta técnica y económica al no tener recursos económicos.

En relación con el pedido indemnizatorio, es oportuno señalar que, como regla general en materia de carga de la prueba de los daños y perjuicios, el artículo 1331° del Código Civil, establece lo siguiente:

“La prueba de los daños y perjuicios y de su cuantía también corresponde al perjudicado por la inejecución de la obligación, o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso” (el subrayado y el resaltado es nuestro).

Con lo antes glosado, queda claro que quien tiene la carga de la prueba según el artículo 1331° del Código Civil, es quien afirma que ha sido perjudicado por la

inejecución de la obligación contractual. Asimismo, se desprende del mismo artículo que quien solicita una indemnización debe probarla. Queda claro, entonces, que, en el presente caso arbitral, quien tiene la carga de probar si se le provocó un daño por alguna inejecución en las obligaciones contractuales es el demandante

Ahora bien, en el presente caso, se pretende el lucro cesante como indemnización por supuestos daños y perjuicios, las cuales, a entender de este Arbitro único, no han sido probadas fehacientemente, pues, al margen de haberse acreditado el acto antijurídico (no devolución de la garantía de fiel cumplimiento), no se ha acreditado el perjuicio o daño concreto, así como el nexo causal de la responsabilidad, toda vez que la demandante se ha limitado únicamente a indicar que existe una supuesta utilidad, en procesos de selección, en los que no pudo presentar propuesta técnica ni económica, sin embargo, ello puede obedecer a múltiples razones, al margen de no explicar ni sustentar la forma en cómo se llega a la denominada utilidad promedio mínimo dejado de percibir.

El carácter de la indemnización integral es resarcitorio y no sancionatorio. Su finalidad es, como expresan Caseaux y Trigo Represas, *"restablecer el equilibrio que el incumplimiento de la prestación o el daño han alterado, es decir, que se procura mediante ella colocar al acreedor en igual o semejante situación a la que hubiera tenido de no haberse producido la inejecución o la violación del derecho"*¹.

Lo anterior, no implica sin embargo que, la sola invocación del daño producido, justifique por sí misma la pertinencia de una indemnización. Incluso si tanto la existencia del daño pudiera inferirse razonablemente, como también su imputabilidad a la parte que se emplaza, ello no libera a quien solicita de la

¹ Citado por CASEAUX, Pedro N. Y TRIGO REPRESAS, Félix A. Compendio de Derecho de las Obligaciones. Tomo 1. Librería Editora Platense SRL. La Plata. 1984 CASEAUX, Pedro N. Y TRIGO REPRESAS, Félix A. Pág. 181.

actividad probatoria necesaria, que concluya tanto en tal atribución de razonabilidad, como igualmente en su quantum, es decir en la cuantificación monetaria del daño producido.

En este orden de ideas la parte demandante no ha cumplido con sustentar y/o acreditar, fehacientemente, el monto que –afirma– le correspondería, es decir, no ha cumplido con la “*prueba de la cuantía de los daños y perjuicios*” alegados, requerida por el Código Civil, sino que se limitó a afirmar que le correspondía una denominada utilidad mínima, sin documentación exacta y detallada que la avale, puesto que solo presenta un cuadro de procesos de selección en los que se registró. En ese sentido, el árbitro único considera que no corresponde amparar la indemnización por daños y perjuicios solicitada.

Tercera Pretensión Principal:

Determinar si corresponde ordenar al Gobierno Regional de Huancavelica – Gerencia Sub Regional de Angaraes el pago a la demandante, la suma ascendente a S/ 13,612.22 (trece mil seiscientos doce con 22/100 soles) por concepto de los intereses legales devengados, concepto de retención indebida del 10% del fiel cumplimiento, desde 1 de enero de 2011 hasta el 22 de febrero de 2017.

Conforme a lo resuelto en el primer punto controvertido, en donde se determinó la obligación del demandante de la devolución del monto de garantía por fiel cumplimiento, corresponde señalar que en efecto a dicho monto dinerario debe reconocerse los intereses correspondientes los cuales tendrán la calidad de moratorios.

El interés moratorio, sólo opera una vez vencidos los plazos pactados y no se ha cumplido con el pago, en mayor abundamiento debemos manifestar que nuestro código Civil, artículo 1242 prescribe que el interés moratorio tiene por finalidad indemnizar la mora en el pago, sancionado de esta manera el retraso, ya será

doloso o culposo, en el cumplimiento de la obligación que corresponde al deudor. El interés moratorio es independiente del compensatorio. *el tratadista* Diez Picazo, señala que en términos económicos, se denomina "interés", al precio o remuneración que una persona ha de pagar por la utilización o disfrute de bienes de capital de pertenencia ajena, asimismo el tratadista Messineo aclara el concepto del interés cuando dice: *"El concepto del que parte la Ley al establecer la obligación de abonar los intereses de mora, independiente de la prueba del daño del acreedor es que el dinero, si se entrega oportunamente al acreedor, es siempre apto para producir actos, y los intereses como sabemos, son precisamente una de las figuras de los frutos civiles. De ahí la consecuencia que el deudor debe en cada caso los intereses moratorios como resarcimiento del daño (frutos que faltan), que se presumen jures et de jure sufridos por el acreedor por el solo hecho del retardo del deudor en la entrega de la suma – capital"*, en este orden de ideas el interés moratorio tiene por finalidad indemnizar la mora en el pago, reparando con ello los daños y perjuicios que el retraso haya ocasionado al acreedor, sea éste de origen culpable o doloso, en el cumplimiento de la obligación que le corresponda ejecutar al deudor.

Conforme a lo prescrito por el Artículo 1244 del Código Civil, la tasa a pagar es el interés legal fijado por el Banco Central de Reserva del Perú.

Debe además tenerse en consideración que conforme a lo prescrito en los artículos 158 y 176 del Reglamento, dichos intereses deben computarse desde el 15 de setiembre del 2011, fecha del certificado de conformidad del servicio y hasta la fecha efectiva del pago, debiendo liquidarse en vía de ejecución. En consecuencia, el presente punto controvertido es parcialmente fundado.

Cuarta Pretensión Principal:

Determinar si corresponde ordenar al Gobierno Regional de Huancavelica – Gerencia Sub Regional de Angaraes al pago de las costas, costos.

Que, durante la prosecución del proceso, se ha podido apreciar que las partes han actuado de buena fe y con respeto a los principios de legalidad y transparencia, basándose para litigar en razones atendibles, y convencidos en la validez de sus posiciones y en su defensa, por lo que a criterio del Árbitro Único los gastos de honorarios del Árbitro Único y de Secretaria Arbitral, deben ser asumidos en partes iguales y como en efecto lo han efectuado las partes en el presente proceso. Por otro lado, se considera razonable que cada una de las partes asuma los honorarios por concepto de defensa legal en los que hubiera incurrido.

XII. LAUDO.

Sobre la base de la voluntad de las partes, de los argumentos esgrimidos, la valoración de las pruebas presentadas y actuadas, así como de las consideraciones antes expuestas, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 49º y 50º de la Ley de Arbitraje y, estando a lo prescrito por las normas legales invocadas, el Arbitro Único lauda en Derecho:

PRIMERO: DECLARAR FUNDADA la Primera Pretensión Principal, en consecuencia corresponde ordenar al Gobierno Regional de Huancavelica – Gerencia Sub Regional de Angaraes, la devolución a favor de la demandante de la suma de s/ 85,348.34 (ochenta y cinco mil trescientos cuarenta y ocho y 34/100 soles) por concepto de retención indebida del 10% de garantía de fiel cumplimiento.

SEGUNDO: DECLARAR INFUNDADO, la segunda Pretensión Principal en consecuencia, no corresponde ordenar al Gobierno Regional de Huancavelica – Gerencia Sub Regional de Angaraes, el pago a favor de la demandante, por concepto de daños y perjuicios, respecto al lucro cesante, la suma de S/247,751.71 (doscientos cuarenta y siete mil setecientos cincuenta y uno con 71/100 soles).

TERCERO: DECLARAR PARCIALMENTE FUNDADO la tercera Pretensión Principal, en consecuencia corresponde ordenar al Gobierno Regional de Huancavelica – Gerencia Sub Regional de Angaraes el pago a la demandante, de los intereses legales devengados, por concepto de retención indebida del 10% de garantía de fiel cumplimiento, desde 15 de setiembre del 2011 y hasta la fecha efectiva de su pago, los que deberán liquidarse en vía de ejecución.

CUARTO: DECLARAR que cada parte a tenido razones atendibles para litigar, en consecuencia, cada una asumirá los gastos o costos que sufrió; esto es, cada parte asumirá los gastos, costas y costos en que incurrió y/o debió incurrir como consecuencia del presente proceso arbitral, como son los honorarios de los árbitros, de la secretaría arbitral, de sus abogados, entre otros.



MARTIN MUSAYON BANCAYAN

Arbitro Único



MARICARMEN FIORELLA YATACO HUAMAN

Secretaria Arbitral