

Proceso arbitral seguido entre el Programa Agua Para Todos y la empresa
Contratistas Asociados Mesala S.A.C.

CÉDULA DE NOTIFICACIÓN N° 021-2010-PAPT/MESALA

MINISTERIO DE VIVIENDA
CONSTRUCCIÓN Y SANEAMIENTO
PROCURADURIA PÚBLICA
MESA DE PARTES JUDICIAL

28 DIC 2010

RECEBIDO

Por: *[Signature]* Hora: *9:30 am*

Destinatario: Programa Agua Para Todos
Dirección: Jr. Cusco N° 177, 3er Piso, Cercado de Lima
Atención: Dr. Carlos Humberto Polo Odar
Procurador Público del Estado

Por medio de la presente cumplimos con notificarles la Resolución N° 28 de fecha 28 de diciembre de 2010, correspondiente al Laudo Arbitral emitido por los árbitros Alexander Campos Medina, en su calidad de Presidente del Tribunal Arbitral y Oscar Herrera Giurfa, en su calidad de árbitro.

De igual manera, cumplimos con notificarles el Voto Singular emitido por el árbitro Mario Manuel Silva López, mismo que se encuentra contenido en la citada Resolución N° 28.

En tal sentido, adjuntamos un ejemplar del Laudo Arbitral emitido el 27 de diciembre de 2010 y que consta de cuarenta y un (41) fojas, así como del Voto Singular que consta de siete (7) fojas.

Lo que notificamos a ustedes conforme a Ley.
Miraflores, 28 de diciembre de 2010

[Signature]
Miguel Angel Vargas Buendía
Secretario Ad Hpc

El soporte ideal para su arbitraje

LAUDO ARBITRAL

LAUDO ARBITRAL DE DERECHO DICTADO EN EL ARBITRAJE SEGUIDO POR PROGRAMA AGUA PARA TODOS DEL MINISTERIO DE VIVIENDA, CONSTRUCCIÓN Y SANEAMIENTO CONTRA LA EMPRESA CONTRATISTAS ASOCIADOS MESALA SAC, ANTE EL TRIBUNAL ARBITRAL CONFORMADO POR EL DOCTOR ALEXANDER CAMPOS MEDINA, PRESIDENTE; DOCTOR OSCAR HERRERA GIURFA, ARBITRO; Y EL INGENIERO MARIO SILVA LÓPEZ, ARBITRO.

RESOLUCIÓN N° 28

Lima, 28 de diciembre de 2010

VISTOS:

I. EXISTENCIA DE UN CONVENIO ARBITRAL

El 28 de febrero de 2006, el PROGRAMA AGUA PARA TODOS DEL MINISTERIO DE VIVIENDA, CONSTRUCCIÓN Y SANEAMIENTO (en adelante, PROGRAMA) y la empresa CONTRATISTAS ASOCIADOS MESALA SAC (en adelante, MESALA) suscribieron el Contrato de Obra N° 001-2006-VIVIENDA-VMCS-DNS-UTF, para la obra de saneamiento de las localidades de "Tate, Pueblo Nuevo y Pachacutec", provincia y departamento de Ica - Sistemas de agua potable, alcantarillado y tratamiento de desagüe.

En la cláusula décimo tercera del mencionado contrato, se estipuló que cualquier controversia que surgiese desde la celebración del contrato, se resolvería mediante los procedimientos de conciliación y/o arbitraje, estableciendo que el laudo emitido obligaría a las partes y pondría fin al procedimiento de manera definitiva.

II. INSTALACIÓN DEL ARBITRAJE

Con fecha 30 de junio de 2009, se realizó la Audiencia de Instalación del Tribunal Arbitral conformado por los doctores Alexander Campos Medina, en su calidad de Presidente del Tribunal, el doctor Oscar Herrera Giurfa y el ingeniero Mario Silva López, en la cual los árbitros declararon que fueron designados de acuerdo a ley y al convenio arbitral celebrado entre las partes, ratificaron su aceptación al cargo y reiteraron que no estaban sujetos a incompatibilidad ni compromiso alguno con las partes, obligándose - en este sentido - a desempeñar el cargo con imparcialidad y probidad.

Se deja constancia que ninguna de las partes impugnó o reclamó contra el contenido de la referida Acta de Instalación; por el contrario, la suscribieron en señal de conformidad.

III. DE LA DEMANDA DEL PROGRAMA

Con escrito ingresado el 14 de julio de 2009, el PROGRAMA plantea su demanda arbitral, en la que pretende lo siguiente:

Primera Pretensión Principal:

Declaración de invalidez e ineficacia del acto de resolución del contrato de MESALA contenida en la Carta GG N° 032-2009/CAM.

El soporte ideal para su arbitraje

Proceso arbitral seguido entre el Programa Agua Para Todos y la empresa Contratistas Asociados Mesala S.A.C.

Segunda Pretensión Principal:

Declaración de validez y eficacia del acto de resolución contractual del PROGRAMA contenido en la Carta N° 085-2009/VIVIENDA/VMCS/PAPT-DE.

Primera Pretensión Accesorio de la Segunda Pretensión Principal:

De declararse fundada la segunda pretensión principal, se proceda a la liquidación del contrato.

Segunda Pretensión Accesorio de la Segunda Pretensión Principal:

Se establezca una indemnización por los daños ocasionados al PROGRAMA, por el incumplimiento del Contrato de Ejecución de Obra N° 001-2006-VIVIENDA/VMCS-DNS-UTF.

Tercera Pretensión Accesorio de la Segunda Pretensión Principal:

Se condene a MESALA al pago de costas y costos del proceso arbitral.

3.1 ANTECEDENTES

1. El día 28 de febrero de 2006 se suscribió el Contrato de Ejecución de Obra N° 001-2006-VIVIENDA-VMCS-DNS-UT (en adelante, el CONTRATO), entre el PROGRAMA y MESALA para la ejecución de la obra de Saneamiento de las Localidades de Tate, Pueblo Nuevo y Pachacútec, provincia y departamento de Ica, consistente en la instalación de agua Potable, alcantarillado y tratamiento de Desagües. Esta obra estaba financiada con Recursos de Transferencias y Donaciones – FONAVI en liquidación, bajo el sistema de contratación a precios unitarios, por el monto total de S/. 11, 858,973.67 (Once Millones Ochocientos Cincuenta y Ocho Mil Novecientos Setenta y Tres y 67/100 Nuevos Soles), con precios referidos al mes de diciembre de 2005, por un plazo de ejecución de ciento cincuenta (150) días calendario.
2. Con fecha 25 de septiembre de 2006 se suscribió la Cláusula Adicional al CONTRATO, a través de la cual se formalizó la intervención económica de la obra, ante el atraso de MESALA en la ejecución de ésta conforme a la Resolución Directoral N° 033-2006-VIVIENDA/VMCS-DNS del 29 de agosto de 2006.
3. Mediante Carta N° 321-2007/VIVIENDA/VMCS/PAPT/DE del 5 de octubre 2007, se resolvió el CONTRATO. No obstante, el día 29 de abril de 2008, ambas partes suscribieron el Acta de Conciliación N° 115-2008-CCLLP Acuerdo Total, en el Centro de Conciliación Llave de la Paz, acordando el restablecimiento de la relación jurídica emanada del CONTRATO; y la ampliación de plazo por ciento veinte (120) días calendario, contados a partir del reinicio de obra. En este plazo MESALA se obligó a culminar la ejecución del saldo de obra primigenio, los adicionales de obra inconclusos y los adicionales de obra que se describen en el Acta referida, declarando además la inexistencia de gastos generales y penalidades como consecuencia de la resolución del CONTRATO.

El soporte ideal PARA SU ARBITRAJE

Proceso arbitral seguido entre el Programa Agua Para Todos y la empresa Contratistas Asociados Mesala S.A.C.

4. Mediante Adenda N° 02 del CONTRATO, se acordó que MESALA culminaría la ejecución de obra el 24 de enero de 2009, conforme al Nuevo Calendario Valorizado de Saldo de Obra y Diagrama Gantt, instrumentos que contienen el Saldo de Obra y los Presupuestos Adicionales pendientes de ejecutar, toda vez que los presupuestos adicionales de obras N° 11, 13, 14, 16 y 17 aprobados mediante Resoluciones Directorales N° 059, 060, 061, 080 y 081-2008/VIVIENDA/VMCS/PAPT/DE fueron reformulados y aprobados, para alcanzar la finalidad del CONTRATO, afectándose la ruta crítica del Calendario Valorizado de Saldo de Obra y Diagrama Gantt, presentado por MESALA al momento de reiniciarse la ejecución de la obra. Asimismo, las partes reconocieron la inexistencia de gastos generales y penalidades desde el 29 de mayo de 2008 (fecha de reinicio de obra) hasta el 24 de enero de 2009.

3.2 FUNDAMENTOS DE LA PRIMERA PRETENSÓN PRINCIPAL

1. Mediante Carta GG N° 019-09/CAM del 9 de febrero de 2009, MESALA requirió al PROGRAMA para que cumpla con una supuesta y única obligación esencial de entregar un "expediente técnico de obra completo reformulado", que levantase presuntas fallas o defectos.
2. Con Carta N° 047-2009/VIVIENDA/VMCS/PAPT-DE del 18 de febrero de 2009, enviada por conducto notarial, el PROGRAMA desvirtuó las supuestas fallas en el Expediente Técnico, señaladas mediante carta GG N° 019-09/CAM, dejándose constancia del retraso incurrido por MESALA en la ejecución de la obra.
3. Con fecha 25 de febrero de 2009 y mediante Carta GG N° 032-2009/CAM, MESALA dio por resueito el CONTRATO, por haber incumplido el PROGRAMA con levantar supuestas fallas o defectos y no porque hubiese incumplido con la supuesta y única obligación esencial de entregar un "Expediente Técnico de Obra Completo Reformulado", conforme al requerimiento contenido en la Carta GG N° 019-09/CAM del 9 de febrero de 2009.
4. Mediante Carta N° 056-2009/VIVIENDA/VMCS/PAPT-DE del 3 de marzo de 2009, el PROGRAMA no aceptó la resolución del CONTRATO. Cabe precisar que el 5 de marzo de 2009, el PROGRAMA acudió al Acto de Constatación Física e Inventario de la Obra, conforme a lo programado por MESALA en su Carta GG N° 032-2009/CAM, el mismo que se suspendió el 7 de marzo de 2009 para reiniciarse los días 11,12,13 y 14 del mismo mes y año. La participación del PROGRAMA en dicho acto no supuso aceptación de la resolución contractual planteada, sino cumplimiento del procedimiento establecido en la normativa de contratación estatal.
5. El día 6 de marzo de 2009, el PROGRAMA sometió a Conciliación ante el Centro de Conciliación Cámara Peruana de Conciliación, Arbitraje y Mediación – CAMPECAM, la resolución del contrato planteado por MESALA, con la finalidad que se declare su invalidez e ineficacia y el incumplimiento por parte de MESALA de prestaciones esenciales emanadas del CONTRATO.
6. Las supuestas fallas o defectos, que se consignaron en la Carta GG N° 019-09/CAM, constituían nuevas modificaciones al expediente técnico, modificado contractualmente al haberse aprobado los adicionales de obra N° 11,13,14,16 y 17, así como las supuestas deficiencias acusadas en la referida Carta, las mismas que constituyen requerimientos que merecen ser analizados, siendo potestad de la entidad aprobarlos o desaprobados mediando el trámite de

El soporte ideal PARA SU ARBITRAJE

Proceso arbitral seguido entre el Programa Agua Para Todos y la empresa Contratistas Asociados Mesala S.A.C.

presupuestos adicionales y de deductivos de obra, conforme a la normativa de contratación estatal aplicable.

- De lo expuesto se concluye que: i) la resolución del CONTRATO de MESALA es ineficaz e inválida debido a que no cumplió con el procedimiento consignado en el segundo párrafo del artículo 226 del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, al haber omitido otorgar al PROGRAMA el plazo de quince (15) días calendario exigiendo obligaciones distintas a las de la Carta N° 019-09/ CAM, y; las supuestas fallas indicadas en las Cartas N° 019-09/CAM y 031-09/CAM de febrero de 2009, no fueron anotadas oportunamente en el Cuaderno de Obra, ni comunicadas al Inspector de Obra con documento de fecha cierta para el trámite correspondiente, siendo potestad del PROGRAMA aprobarlas o desapropiarlas mediante el trámite de Adicionales y Deductivos de obra.

3.3 FUNDAMENTOS DE LA SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL

- Mediante Carta N° 085-2009/VIVIENDA/VMCS/PAPT-DE del 1° de abril de 2009 dirigida a MESALA, se comunicó la decisión de resolver totalmente el CONTRATO por haber incumplido obligaciones esenciales derivadas del referido contrato.
- Sobre el particular, el PROGRAMA realiza el detalle correspondiente a los avances de obra, conforme el cuadro que se observa en la octava página del escrito de demanda, del cual se concluye que, entre los meses de diciembre de 2008 y enero de 2009 MESALA no presentó valorización alguna, y no cumplió el calendario de avance de obra consignado en la Adenda N° 02 del CONTRATO, demostrando con ello su incapacidad técnica para efectuar avances, no obstante haberse estipulado en la cláusula segunda de la Adenda N° 02 que "que no existía ninguna causal que impidiera la culminación de la obra en la fecha prevista"
- Asimismo, durante la ejecución de obra se aprobaron quince (15) presupuestos adicionales de obra, de los cuales once no se culminaron quedando demostrado con ello la incapacidad de MESALA, quien a pesar de haber presentado adicionales y haberse aprobado los mismos, no los concluyó. A tal fin, el PROGRAMA sustenta su dicho en los gráficos que se presentan en la octava y novena página de la demanda. En el mismo sentido, en la página novena el PROGRAMA presenta una tabla indicando que los materiales que fueron entregados a MESALA ascienden a S/. 6'034,716.62 (Seis Millones Treinta y Cuatro Mil Setecientos Dieciséis y 62/100 Nuevos Soles) correspondientes al 51% del costo total de la ejecución de la obra.
- De otro lado, MESALA recibió la cantidad de S/. 684,165.67 (Seiscientos Ochenta y Cuatro Mil Ciento Sesenta y cinco y 67/100 Nuevos Soles) que no utilizó para la culminación de la obra, evidenciándose con ello su incapacidad económica.
- MESALA incumplió con suministrar bienes a la obra (tales como material para el suministro hidráulico del reservorio, equipo de bombeo del pozo de agua, y equipo electromecánico de las cámaras de bombeo) por un importe ascendente a S/. 1'131,525.52 (Un Millón Ciento Treinta y un Mil Quinientos Veinticinco y 52/100 Nuevos Soles), el cual correspondía al saldo pendiente de amortización por concepto de adelanto de materiales, ello a pesar de

El soporte ideal para su arbitraje

Proceso arbitral seguido entre el Programa Agua Para Todos y la empresa Contratistas Asociados Mesala S.A.C.

habérselo requerido mediante Oficio N° 2884-2008/VIVIENDA/VMCS/PAPT-DE y Carta N° 058-2009/VIVIENDA/VMCS/PAPT-DE.

6. MESALA incumplió con renovar la póliza de seguro de construcción, la misma que venció el 30 de abril de 2009, constatándose una vez más, que no tenía capacidad económica.

3.4 FUNDAMENTOS DE LA PRIMERA PRETENSIÓN ACCESORIA A LA SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL

1. Mediante Carta N° 085-2009/VIVIENDA/VMCS/PAPT-DE del 1° de abril de 2009 dirigida a MESALA, el PROGRAMA comunicó su decisión de resolver totalmente el CONTRATO por haberse incumplido obligaciones esenciales. La carta no fue cuestionada en ningún momento.
2. Con Carta N° 004-2009/VIVIENDA/VMCS/PAPT-1.0 del 22 de abril de 2009, el PROGRAMA comunica a MESALA que conforme a lo estipulado en la cláusula Décimo Tercera del CONTRATO y a lo estipulado en el artículo 272° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, dio por consentido en todos sus extremos la Carta N° 085-2009/VIVIENDA/VMCS/PAPT-DE, por no haber promovido MESALA dentro del plazo de ley, controversia alguna respecto de la referida resolución contractual.
3. Cabe advertir que si se declara fundada la segunda pretensión principal del escrito de demanda deberá procederse a la liquidación del estado de cuentas de la obra, para lo cual deberá realizarse la pericia correspondiente.

3.5 FUNDAMENTOS DE LA SEGUNDA PRETENSIÓN ACCESORIA A LA SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL

1. En la responsabilidad civil contractual el daño se genera por el incumplimiento de una obligación previamente pactada entre las partes; esto es, se trata de un deber jurídico específico.
2. La indemnización comprende las consecuencias que deriven de la acción u omisión generadora del daño, incluyendo el lucro cesante, el daño a la persona y el daño moral, debiendo existir una relación de causalidad adecuada entre el hecho y el daño producido. El daño emergente es conocido como *damnum emergens*, que corresponde al empobrecimiento del patrimonio entendido como pérdida o detrimento patrimonial efectivamente sufridos.
3. Ahora bien, el monto de indemnización ha sido cuantificado en base al valor de lo efectivamente invertido en la obra, que asciende a S/.11'152,125.90 (Once Millones Ciento Cincuenta y Dos Mil Veinticinco y 90/100 Nuevos Soles). Tal inversión no ha generado a la fecha ningún beneficio a la población de los Distritos de Tate, Pueblo Nuevo y Pachacútec pues no se concluyó la obra, encontrándose ésta inoperativa.
4. Asimismo, el PROGRAMA considera que MESALA debe resarcir el daño moral ocasionado a la población de los mencionados distritos pues luego de tres años de ejecución del proyecto, a la fecha, aproximadamente siete mil habitantes no cuentan con servicios de agua potable y desagüe por lo que el daño ascendería a S/.20'000,000.00 (Veinte Millones y 00/100 Nuevos Soles).

El soporte ideal para su arbitraje

IV. DE LA CONTESTACIÓN DE DEMANDA DE MESALA

Mediante escrito de fecha 26 de agosto de 2009, MESALA contestó la demanda solicitando que la misma sea declarada infundada en todos sus extremos. Asimismo, también formuló reconvencción.

MESALA se pronuncia sobre los hechos expuestos por el PROGRAMA en su escrito de demanda, debiendo resaltarse los siguientes argumentos:

4.1 RESPECTO A LA PRIMERA PRETENSIÓN DE LA DEMANDA

1. Desde que se inicio la obra se han presentado diversos problemas ajenos a la responsabilidad de MESALA, tales como la presencia de restos arqueológicos en la zona donde se ha realizado la excavación de zanjas para las redes de Agua Potable y alcantarillado, siendo paralizados los trabajos por parte del Instituto Nacional de Cultura. En ese sentido, al no contarse con un Certificado de inexistencia de Restos Arqueológicos (C.I.R.A.), cuya gestión y aprobación correspondió ser gestionada por el PROGRAMA, antes de autorizar el inicio de la ejecución de la obra.
2. No obstante, luego de superar este problema, se requirió mayor mano de obra y dilación en las actividades, para preservar los hallazgos encontrados. Asimismo, han existido demoras por parte del PROGRAMA, para obtener la autorización de parte del Ministerio de Transportes y Comunicaciones, lo cual impidió realizar el cruce de la Red de Agua Potable y Alcantarillado a través de la carretera Panamericana Sur. Más aún, la autorización provocó la modificación del proyecto por disposición del Ministerio de Transportes y Comunicaciones, dado que dicha entidad no permitió la ejecución de redes de Agua Potable y Alcantarillado a mayores de 4.00 metros conforme fue proyectado.
3. Otro de los impedimentos que se han presentado en la Obra, es la falta de libre disponibilidad de terrenos en algunos sectores de la misma, los que impiden la ejecución de algunos tramos de las redes de alcantarillado. Igualmente, han existido diversas modificaciones al Expediente Técnico que han sido aprobadas por el PROGRAMA, para corregir las deficiencias del mismo; por último, se debe agregar el sismo ocurrido en Ica, que provocó averías en los tramos de las redes de Agua Potable y Alcantarillado que paulatinamente se han ido reparando.
4. Ante los eventos señalados, se generó la decisión de resolver el CONTRATO por parte de MESALA, considerando que las demoras generadas en la ejecución de la obra no eran de su responsabilidad, lo cual se evidencia en los términos del Acta de Conciliación N° 115-2008-CCLLP, Acuerdo Total, con la cual se decidió dejar sin efecto el acto de resolución de contrato, señalándose en el tenor del mencionado documento que existían presupuestos adicionales por modificación del proyecto que requerían de la aprobación del PROGRAMA, para dar continuidad y lograr la culminación de la obra.
5. El plazo inicial que se pactó para la ejecución de la obra fue de ciento cincuenta (150) días calendario, sin embargo han transcurrido mil noventa y cinco (1095) días calendario desde que se inició la obra, hasta el nuevo término reprogramado con fecha 10 de marzo de 2009, habiéndose aprobado durante dicho periodo diferentes ampliaciones de plazo por causales que no son de responsabilidad de MESALA, lo que ha generado mayores gastos

El soporte ideal PARA SU ARBITRAJE

Proceso arbitral seguido entre el Programa Agua Para Todos y la empresa Contratistas Asociados Mesala S.A.C.

generales por un monto de 4000,000.00 (Cuatro Millones y 00/100 Nuevos Soles), que MESALA ha asumido, ocasionándole un desbalance Económico.

6. De otro lado, en la Obra se han aprobado modificaciones al Expediente Técnico, a fin de corregir las deficiencias encontradas por la suma de S/. 2, 600,933.30 (Dos Millones Seiscientos Mil Novecientos Treinta y Tres Mil y 30/100 Nuevos Soles), y que han incrementado el costo de obra en S/. 953,901.61 (Novecientos Cincuenta y Tres Mil, Novecientos uno y 61/100 Nuevos Soles). Este incremento del costo de obra ha generado que los recursos de MESALA se ejecuten las obras adicionales, sin que se haya recibido ningún adelanto directo ni de materiales, que facilite la ejecución de los trabajos y que pueda contemplar la adquisición de los nuevos materiales que ha aprobado el PROGRAMA, en las modificaciones del proyecto.
7. La falta de libre disponibilidad de terrenos en algunos sectores de la obra, tanto en la zona de la laguna de estabilización como en la zona de Lujaraja, impiden la culminación de los trabajos, esto aunado a la presencia de restos arqueológicos en la zona de Chulpaca-Pueblo Nuevo, que ha generado que el ritmo de los trabajos no sea el adecuado.
8. Lo mencionado anteriormente evidencia que las demoras en la culminación de la obra no se han generado por responsabilidad de MESALA, si no por diversos acontecimientos que paulatinamente el PROGRAMA ha venido resolviendo pero que en el tiempo ha comprometido la economía de la demandada, motivo por el cual con fecha 25 de febrero de 2009, se resolvió el CONTRATO. Al respecto, MESALA manifiesta que el avance de la ejecución de la Obra se encuentra en un 85% aproximadamente.
9. Mediante asientos en cuaderno de obra y cartas, MESALA comunicó a la Supervisión y el PROGRAMA, sobre una serie de dificultades para continuar ejecutando los trabajos, así como las fallas y defectos del Expediente Técnico, que están originando retrasos en la ejecución de la obra, y en el Calendario de Avance de Obra, las mismas que requieren necesariamente del pronunciamiento del PROGRAMA. Estas fallas se detallan en la Carta Notarial N° 24175, que contiene la Carta N° 019-09/CAM, de fecha 9 de febrero de 2009, con lo cual se demuestra que el atraso injustificado en la ejecución de obra es responsabilidad del PROGRAMA.
10. Al respecto, con Carta GG N° 019-09-CM, de fecha 9 de febrero de 2009, MESALA envió un requerimiento al PROGRAMA, por incumplimiento de obligaciones esenciales del CONTRATO, especialmente con su obligación esencial de entregar un Expediente Técnico de obra completo reformulado que levante las fallas o defectos indicados.
11. Habiendo MESALA cumplido con hacer llegar al PROGRAMA, el apercibimiento estipulado en el Artículo 226° del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, para que se resuelvan todos los incumplimientos señalados mediante Carta Notarial N° 24175, que contiene la Carta N° 019-09/CAM, de fecha 9 de febrero de 2009, cabe señalar que estos han sido atendidos por el PROGRAMA, manteniéndose los incumplimientos siguientes:
 - Los trabajos de Redes de alcantarillado en la Zona de Chulpaca donde existen restos arqueológicos y los trabajos se realizan a ritmo lento, se generan sobrecostos a la obra, así como por el tipo de terreno se realizan

El soporte ideal PARA SU ARBITRAJE

Proceso arbitral seguido entre el Programa Agua Para Todos y la empresa Contratistas Asociados Mesala S.A.C.

sobre excavación de zanjas de hasta 4.00 metros de ancho, cuando el proyecto considera ancho de 1.00 metro.

- Impedimento de ejecutar la excavación en el tramo Bz E1 al Bz F1, debido a presencia de viviendas cercanas y un local comunal al no haberse previsto trabajos de calzadura de manera que eviten el riesgo de la estabilidad y seguridad de la construcción.
- Impedimento de ejecutar la excavación en el tramo Bz O al Bz P, debido a presencia de viviendas cercanas y el trazo pasa debajo de una escalera de una vivienda de material noble.
- Impedimento en la instalación del emisor desde el puente hasta la laguna de estabilización debido a la falta de libre disponibilidad.
- Impedimento en la instalación de la red de alcantarillado Q-R, R-R Y R-A, debido a la falta de libre disponibilidad de terrenos que se ubican dentro de la propiedad de una señora, quien no quiere que pase por sus terrenos donde se ubican plantas de mangos.
- Impedimento para realizar el cerco perimétrico en la laguna de estabilización debido a que la base del talud de la laguna se encuentra dentro de terreno de terceros.

12. Mediante Carta Notarial N° 020-09/CAM del 9 de febrero de 2009, se comunica al PROGRAMA que existen impedimentos que no permiten cumplir con la obligación contractual. En el mismo sentido, con Carta N° 001-09/PMPN-ICA, de fecha 20 de febrero de 2009, la señora Consuelo Rivera Gordón, encargada del Gabinete-Área de Arqueología, hace de conocimiento al PROGRAMA, que los trabajos se efectuaron en forma lenta debido a las evidencias culturales que se vienen rescatando.
13. El día 23 de febrero de 2009 y mediante Carta GG N° 030-09/CAM, MESALA informa a MAFPRES PERU, Compañía de Seguros y Reaseguros, que el PROGRAMA no cumple con las obligaciones establecidas en el CONTRATO y que el Expediente Técnico de la obra entregado por el PROGRAMA, posee diversas fallas y defectos, los cuales han venido siendo subsanados durante el desarrollo de la obra, lo que generó que el Plazo de Ejecución se difiera.
14. Mediante Constatación Policial del 24 de febrero de 2009, efectuada por la Comisaría PNP de Santiago, se hace constar que en el caserío de Lujaraja específicamente en el terreno denominado Cerqueitos, es dueño Félix Carrizales Carhuayo, y que en la actualidad este terreno está a cargo de su hija Vilma Carrizales Hernández. Se dejó constancia que MESALA pretende construir un camino para el acceso a la laguna de oxidación, que abarca 25m/2 y la ocupante del terreno manifestó su oposición a la construcción del camino lo cual hace muy difícil cumplir con la adecuada ejecución de la Obra.
15. En consecuencia, con Carta N° 032-2009/CAM del 25 de febrero de 2009, se comunica al PROGRAMA, previo requerimiento para el cumplimiento de sus obligaciones, que hasta la fecha no han cumplido, se procedía la resolución del CONTRATO, de forma Total. Bajo los argumentos expuestos, no existe razón legal para que se declare la invalidez y/o ineficacia de la Carta N° 032-2009/CAM, por lo que se debe declarar infundada la Primera Pretensión Principal.

4.2 RESPECTO A LA SEGUNDA PRETENSIÓN DE LA DEMANDA

Mediante Carta GG N° 052-09/CAM de fecha 7 de abril de 2009, MESALA comunica al PROGRAMA que su resolución de Contrato es improcedente de

El soporte ideal para su arbitraje

Proceso arbitral seguido entre el Programa Agua Para Todos y la empresa Contratistas Asociados Mesala S.A.C.

pleno derecho, pues MESALA ya había procedido a resolverlo. Así las cosas, MESALA rechaza todo lo expresado por el PROGRAMA solicitando se declare infundada la segunda pretensión y pretensiones accesorias.

4.3 FUNDAMENTOS DE LA RECONVENCIÓN

Las pretensiones que plantea MESALA son las siguientes:

Primera Pretensión Principal:

La aprobación por silencio positivo de la carta GG N° 151-08/CAM, de fecha 25 de septiembre de 2008, por la cual se solicitó la ampliación de plazo N° 16 por ciento seis (106) días calendario, con el reconocimiento y pago de los mayores gastos generales ascendentes a la suma de S/. 472.333.88 (Cuatrocientos Setenta y Dos Mil Trescientos Treinta y tres y 88/100 Nuevos Soles), más los intereses que se generen a la fecha de pago.

Segunda Pretensión Principal:

Se declare la nulidad y/o ineficacia de la Resolución Directorial N° 103-2008/VIVIENDA/VMCS/PAPT-DE, por la cual el PROGRAMA declara improcedente la ampliación de plazo N° 17 y se otorgue los cincuenta y tres (53) días calendario solicitados, con el reconocimiento y pago de los mayores gastos generales ascendentes a la suma de S/. 236,166.94 (Doscientos Treinta y Seis Mil Ciento Sesenta y Seis y 94/100 Nuevos Soles), más los intereses que se generen a la fecha de pago.

Tercera Pretensión Principal:

Se declare la nulidad y/o ineficacia de la Resolución Directorial N° 102-2008/VIVIENDA/VMCS/PAPT por la cual el PROGRAMA declara improcedente la ampliación de plazo N° 18, y se nos otorgue los treinta y ocho (38) días calendario solicitados, con el reconocimiento y pago de los mayores gastos generales ascendentes a la suma de S/. 169,327.24 (Ciento Sesenta y Nueve Mil Trescientos Veintisiete y 24/100 Nuevos Soles), más los intereses que se generen a la fecha de pago.

Cuarta Pretensión Principal:

La aprobación por silencio positivo de la carta GG N° 001-09/CAM, de fecha 5 de enero de 2009, por la cual se solicitó la ampliación de plazo N° 19, por treinta y nueve (39) días calendario, con el reconocimiento y pago de los mayores gastos generales ascendentes a la suma de S/. 173, 783. 22 (Ciento Setenta y Tres Mil Setecientos Ochenta y Tres con 22/100 Nuevos Soles), más los intereses que se generen a la fecha de pago.

Quinta Pretensión Principal:

La aprobación por silencio positivo de la carta GG N° 013-08/CAM, de fecha 23 de enero de 2009, por la cual se solicitó la ampliación del plazo N° 20, por cuarenta y cinco (45) días calendario, con el reconocimiento y pago de los mayores gastos generales ascendentes a la suma de S/. 271, 959.75 (Doscientos Diecisiete Mil Novecientos Cincuenta y Nueve y 75/100 Nuevos Soles), más los intereses que se generen a la fecha de pago.

El soporte ideal PARA SU ARBITRAJE

Proceso arbitral seguido entre el Programa Agua Para Todos y la empresa Contratistas Asociados Mesala S.A.C.

Sexta Pretensión Principal:

La obligación del PROGRAMA de dar suma de dinero (pago) de la factura de valorización N° 04 del adicional N° 16 por la suma de S/. 217.136.32, (Doscientos Diecisiete Mil Ciento Treinta y Seis y 32/100 Nuevos Soles) presentada con Carta GG N° 017-09-0/CAM del 29 de enero de 2009, más los intereses que se generen hasta la fecha de pago.

Séptima Pretensión Principal:

La obligación del PROGRAMA de dar suma de dinero (pago) de la valorización N° 02, del adicional N° 15 por la suma de S/. 82.029.21 (Ochenta y Dos Mil Veintinueve y 21/100 Nuevos Soles), presentada con carta GG N° 016-09-09/CAM, de fecha 29 de enero de 2009, más los intereses que se generen hasta la fecha de pago.

Octava Pretensión Principal:

La obligación del PROGRAMA de dar suma de dinero (pago) de la factura de valorización N° 03 del adicional N° 18, por la suma de S/. 13.462.85, (Trece Mil Cuatrocientos Sesenta y Dos y 85/100 Nuevos Soles), presentada con carta GG N° 018-09-0-CAM, del 29 de enero de 2009, más los intereses que se generen hasta la fecha de pago.

Novena Pretensión Principal:

La obligación del PROGRAMA de dar suma de dinero (pago) de la valorización de mayores gastos generales, correspondiente a la ampliación de plazo N° 02, por diez (10) días calendario, aprobado por el PROGRAMA, por la suma de S/. 44,144.80 (Cuarenta y Cuatro Mil Ciento Cuarenta y Cuatro y 80/100 Nuevos Soles), más los intereses que se generen hasta la fecha de pago.

Décima Pretensión Principal:

La obligación del PROGRAMA de dar suma de dinero (pago) de la valorización de mayores gastos generales, correspondiente a la ampliación de plazo N° 04, por nueve (09) días calendario, aprobado por el PROGRAMA, por la suma de S/. 39,730.32 (Treinta y Nueve Mil Setecientos Treinta y 32/100 Nuevos Soles), más los intereses que se generen hasta la fecha de pago.

Décimo Primera Pretensión Principal:

La obligación del PROGRAMA de dar suma de dinero (pago) de la valorización de mayores gastos generales, correspondiente a la ampliación de plazo N° 12, por ciento veinte (120) días calendario, aprobado por el PROGRAMA, por la suma de S/. 527,948.40 (Quinientos Veintisiete Mil Novecientos Cuarenta y Ocho y 40/100 Nuevos Soles), más los intereses que se generen hasta la fecha de pago.

Décimo Segunda Pretensión Principal:

La obligación del PROGRAMA de dar suma de dinero (pago) de la valorización de mayores gastos generales, correspondiente a la ampliación de plazo N° 14, por setenta y dos (72) días calendario, por la suma de S/. 320,830.56 (Trescientos Veinte Mil

El soporte ideal PARA SU ARBITRAJE

Proceso arbitral seguido entre el Programa Agua Para Todos y la empresa Contratistas Asociados Mesala S.A.C.

Ochocientos Treinta y 56/100 Nuevos Soles), más los intereses que se generen hasta la fecha de pago.

Décimo Tercera Pretensión Principal:

La obligación del PROGRAMA de dar suma de dinero (pago) de la valorización de mayores gastos generales, generados por el acuerdo de conciliación N° 563-2006, mediante el cual conceden una ampliación de plazo por ciento cuarenta y un (141) días calendario, por la suma de s/. 621,608.37 (Seiscientos Veintiún Mil Seiscientos Ocho y 37/100 Nuevos Soles), más los intereses que se generen hasta la fecha de pago.

Décimo Cuarta Pretensión Principal:

La obligación del PROGRAMA de dar suma de dinero (pago) de la valorización de mayores gastos generales, generados por el acta de conciliación N° 115, mediante el cual conceden una ampliación de plazo por ciento veinte (120) días calendario, por la suma de S/. 561, 474.00 (Quinientos Sesenta y Un Mil Cuatrocientos Setenta y Cuatro y 00/100 Nuevos Soles), más los intereses que se generen hasta la fecha de pago.

Décimo Quinta Pretensión Principal:

Se declare la nulidad y/o ineficacia de la carta notarial N° 085-2009/VIVIENDA/VMCS/PAPT/DE del 2 de abril de 2009, por la cual el PROGRAMA, comunica la resolución total del CONTRATO.

Décimo Sexta Pretensión Principal:

Que se declare el consentimiento de la resolución del CONTRATO contenida en la Carta N° 032-209-CAM del 25 de febrero de 2009.

Décimo Séptima Pretensión Principal:

La obligación del PROGRAMA de asumir el pago de las costas y costos del proceso.

Décimo Octava Pretensión Principal:

Se reconozca y ordene el pago por los daños y perjuicios que se originan en el mayor costo de renovación de la carta fianza de fiel cumplimiento de obra, al haberse excedido los plazos contractuales; por la demora innecesaria a la solución de las presentes controversias como el perjuicio causado por gastos de pagos a empresas asesoras para el proceso arbitral; gastos por pagos al personal administrativo y técnico, al haberse excedido los plazos contractuales; así como las utilidades dejadas de percibir por tener comprometidas las garantías no permitiendo la participación de MESALA en diversos procesos de selección

1. Con Carta GG N° 151-07/CAM del 30 de mayo de 2007 se solicitó la ampliación de Plazo N° 14, por causas no atribuibles a MESALA. En ese sentido, mediante Carta N° 123-2007/VIVIENDA/VMCS/PAPT/DE de fecha 15 de junio de 2007, el PROGRAMA remite la Resolución Directorial N° 046-2007/VIVIENDA/MVCS/PAPT/DE, con la cual aprueba la Ampliación de Plazo N° 14, estableciendo como nuevas fechas de término de la Obra el 10 de agosto de 2007.

El soporte ideal para su arbitraje

Proceso arbitral seguido entre el Programa Agua Para Todos y la empresa Contratistas Asociados Mesala S.A.C.

2. Con fecha 29 de abril de 2008, el Centro de Conciliación "llave de la Paz, emite el Acta de Conciliación N° 115-2008-CCLLP-Acuerdo Total, llegando a que ambas partes acuerden dejar sin efecto el acto de Resolución del Contrato contenida en la Carta N° 321-2007/VIVIENDA/VMCS/PAPT/DE del 5 de octubre de 2007, con la que el PROGRAMA decidió resolver el CONTRATO.
3. Asimismo, se acordó el reinicio de la ejecución de obra, en el plazo de treinta (30) días calendario, contados a partir de la fecha de conciliación y al cumplimiento de: i) Nuevo Calendario Valorizado de Avance de Obra, ii) Flujo de Caja, iii) Renovación de las fianzas, iv) Endoso de la Póliza de seguros contra todo riesgo a partir de la fecha a favor de la entidad, v) Realizar las reparaciones en todas las partidas siniestradas.
4. Mediante Carta GG N° 151-08/CAM del 25 de septiembre de 2008, se solicitó la ampliación de Plazo Parcial N° 16 por ciento seis (106) días calendario. De otro lado, con Carta GG N° 154-08-CAM se solicitó a MAFPRE Compañía de Seguros y Reaseguros, la renovación de póliza por fiel cumplimiento por la suma de S/. 1,185.897.37 Nuevos Soles, por el periodo de noventa (90) días.
5. Asimismo, MESALA manifiesta la consecuencia de los hechos acontecidos conformes los documentos que se mencionan a continuación:
 - Carta GG N° 163-08/CAM del 16 de octubre de 2008: se solicitó la Ampliación de Plazo N° 17 por cincuenta y tres (53) días calendario. Con fecha 15 de diciembre de 2008 se solicitó la Reconsideración a la Resolución Directorial N° 103-2008/VIVIENDA VMCS/DE.
 - Carta GG N° 178-08/CAM del 15 de diciembre de 2008, MESALA solicitó la Reconsideración a la Resolución Directorial N° 102-2008/VIVIENDA/MVCS/PAPT/DE, en la que se declaró improcedente la Ampliación de Plazo N° 18.
 - Carta GG N° 001-09/CAM del 5 de enero de 2009, se solicitó la Ampliación de Plazo N° 19, por treinta y nueve (39) días calendario.
 - Carta GG N° 006-09/CAM de fecha 8 de enero de 2009: se comunica al PROGRAMA que los trabajos previstos para el día 12 de enero de 2009, requiere la presencia de un Arqueólogo para monitorear los trabajos de excavaciones a solicitud del Instituto Nacional de Cultura Filial Ica.
 - Carta GG N° 013-08-0/CAM, de fecha 29 de enero de 2009: se solicitó la Ampliación del Plazo N° 20, por cuarenta y cinco (45) días calendario.
 - Carta GG N° 016-09-0/CAM, de fecha 29 de enero de 2009: MESALA remite la Factura de la Valorización N° 02, del Adicional N° 15, por la suma de S/. 82, 029.21 (Ochenta y Dos Mil Veintinueve y 21/100 Nuevos Soles).
 - Carta GG N° 017-09-0-CAM de fecha 29 de enero de 2009: se remite la Factura de Valorización N° 04 del adicional N° 16, por la suma de S/. 127.136.32 (Ciento Veintisiete Mil Ciento Treinta y seis Nuevos Soles).
 - Carta GG N° 018-09-0-CAM de fecha 29 de enero de 2009: se remite la factura de Valorización N° 03 del Adicional N° 18, por la suma de S/. 13.462.85 (Trece Mil Cuatrocientos Sesenta y Dos y 85/100 Nuevos Soles).

El soporte ideal PARA SU ARBITRAJE

Proceso arbitral seguido entre el Programa Agua Para Todos y la empresa Contratistas Asociados Mesala S.A.C.

- Carta GG N° 019-09-0-CAM de fecha 09 de febrero de 2009: se remite remitimos un requerimiento a la Entidad Contratante, por incumplimiento de obligaciones esenciales del Contrato de Obra.
- Carta GG N° 024-09/CAM de fecha 16 de febrero de 2009, se remite la Valorización de Mayores Gastos Generales, correspondientes a las Ampliaciones de Plazo aprobadas por el PROGRAMA.
- Con Carta GG N° 026-09-CAM de fecha 18 de febrero de 2009: MESALA le manifiesta al PROGRAMA que al no haberse pronunciado dentro de los plazos señalados en el Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, sobre la Ampliación de Plazo N° 20 solicitada por MESALA, queda consentida por Silencio Positivo.
- Carta N° 001-09/PMPN-ICA de fecha 20 de febrero de 2009: representante del Instituto Nacional de Cultura informa al PROGRAMA que los trabajos se efectuaron en forma lenta debido a las evidencias culturales que se viene rescatando.
- Carta Notarial GG N° 013-2009/CAM de fecha 25 de febrero de 2009: se requiere al PROGRAMA que cumpla con sus obligaciones.
- Carta N° 032-2009/CAM de fecha 25 de febrero de 2009: se resuelve el CONTRATO. No obstante con la Carta Notarial N° 085-2009/VIVIENDA/VMCS/PAPT/DE, el PROGRAMA también informa de la resolución del contrato realizada por su parte.

V. DE LA CONTESTACIÓN DE LA RECONVENCIÓN POR PARTE DEL PROGRAMA

El día 17 de septiembre de 2009, el PROGRAMA presentó un escrito en cuyo principal se apersona. En el Primer Otrosí Decimos de su escrito, el PROGRAMA se pronuncia sobre los argumentos esgrimidos por MESALA en su contestación de demanda. De otro lado, en el Segundo Otrosí Decimos, el PROGRAMA contesta la reconvencción, conforme los siguientes argumentos:

5.1 RESPECTO DE LA PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL DE LA RECONVENCIÓN

La pretensión de MESALA debe ser desestimada, debido a que el Silencio Administrativo positivo invocado por dicha parte no es aplicable, en tanto el artículo 259°, segundo acápite del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado establece que "*.. De no emitirse de pronunciamiento alguno.... Se considerará ampliado el plazo*", pero en este caso si hubo pronunciamiento.

Mediante Oficio N° 2918-2008-VIVIENDA/VMSC/PAPT-DE de fecha 1° de octubre de 2008, se devolvió a la empresa MESALA el expediente de la Ampliación de Plazo N° 16, al no haberse cumplido con la formalidad establecida en el Artículo 258° del Reglamento de La Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado.

5.2 RESPECTO DE LA SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL DE LA RECONVENCIÓN

La nulidad e ineficacia deducida por MESALA es totalmente inoportuna, por cuanto no fue impugnada dentro de los plazos que señala el artículo 232° del Reglamento citado, habiendo en consecuencia quedado firme y consentida.

El soporte ideal PARA SU ARBITRAJE

Proceso arbitral seguido entre el Programa Agua Para Todos y la empresa Contratistas Asociados Mesala S.A.C.

La Resolución Directorial N° 103-2008-VIVIENDA/VMCS/PAPT/DE de fecha 31 de octubre de 2008 no fue sometida a controversia por la empresa MESALA dentro del plazo de caducidad previsto en el Reglamento de Contrataciones y Adquisiciones del Estado.

5.3 RESPECTO DE LA TERCERA PRETENSIÓN PRINCIPAL DE LA RECONVENCIÓN

La nulidad e ineficacia de la Resolución Directorial N° 102-2008/VIVIENDA/VMCS/PAPT/DE, al igual que en el caso anterior, también es inoportuna, pues ha quedado consentida al no haberse interpuesto contra ella recurso alguno, dentro de los plazos que establece el artículo 232° del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado.

La Resolución Directorial N° 102-2008/ VIVIENDA/VMCS/PAPT/DE de fecha 31 de octubre de 2008, no fue impugnada por MESALA dentro del plazo de caducidad previsto.

5.4 RESPECTO DE LA CUARTA PRETENSIÓN PRINCIPAL DE LA RECONVENCIÓN

La aprobación por silencio Administrativo Positivo no es aplicable, debido a que no ha habido silencio, existiendo en cambio un pronunciamiento claro y expreso, mediante la Resolución Directorial N° 005-2009 VIVIENDA/VMCS/PAPT/DE que declaró improcedente la Ampliación del Plazo N° 19. Cabe advertir que esta Resolución no fue impugnada oportunamente, dentro de los plazos que establece el artículo 232° del Reglamento de la Ley de Contrataciones, quedando consentida.

Mediante la Resolución Directorial N° 005-2009- VIVIENDA/VMCS/PAPT/DE de fecha 21 de enero de 2009, se declaró improcedente la Ampliación de Plazo N° 19 por treinta y nueve (39) días calendario, el mismo que no fue sometido a controversia por la empresa MESALA dentro del plazo de caducidad previsto en el referido reglamento.

5.5 RESPECTO DE LA QUINTA PRETENSIÓN PRINCIPAL DE LA RECONVENCIÓN

El Silencio Administrativo Positivo, tampoco se puede aplicar en este caso, pues la Entidad no pudo pronunciarse sobre el mismo, no por incumplimiento de su obligación, sino mas bien por una imposibilidad legal y material, esto es que MESALA comunicó su decisión de resolver el CONTRATO, es decir de no continuar con la ejecución del mismo, por lo que mal hubiera hecho el PROGRAMA en pronunciarse sobre un pedido, habiendo sustracción de la materia.

El reconocimiento y pago de mayores gastos generales por la ampliación de plazo N° 20 podrá evaluarse en la oportunidad que se efectúe la liquidación del CONTRATO, toda vez que la empresa MESALA con fecha 25 de febrero de 2009, a los treinta y tres (33) días después de haber solicitado dicha ampliación de plazo, decidió resolver el CONTRATO, demostrando con esta actitud su voluntad de no seguir ejecutando la Obra.

5.6 RESPECTO DE LA SEXTA PRETENSIÓN PRINCIPAL DE LA RECONVENCIÓN

No existe obligación alguna de pagar la factura correspondiente a la Valorización N° 04 del Adicional N° 16, por cuanto hubo un pronunciamiento del PROGRAMA al devolver la referida factura por no ser correctos los metrados que se pretendía cobrar, conforme al artículo 255° del Reglamento.

El soporte ideal para su arbitraje

Proceso arbitral seguido entre el Programa Agua Para Todos y la empresa Contratistas Asociados Mesala S.A.C.

Con Oficio N° 701-2009- VIVIENDANMCS/PAPT-DE del 24 de febrero de 2009, se devolvió a MESALA la Valorización N° 04 del adicional N° 16, al haberse verificado incoherencia en los metrados. En la liquidación se cuantificará los metrados realmente ejecutados.

5.7 RESPECTO DE LA SÉPTIMA Y OCTAVA PRETENSIÓN PRINCIPAL DE LA RECONVENCIÓN

MESALA señala que al igual que lo contemplado en los argumentos correspondientes a la pretensión, anteriormente mencionada, no existe obligación alguna con respecto al pago de la valorización N° 02 del Adicional N° 15 y la valorización N° 03 del Adicional N° 18, en tanto existió un pronunciamiento por parte del PROGRAMA, al devolver las valorizaciones, por no ser correctos los metrados consignados en estas.

Con Oficio N° 701-2009-VIVIENDANMCS/PAPT-DE del 24 de febrero de 2009, se devolvió a MESALA la Valorización N° 02 del Adicional N° 15 y Valorización N° 03 del Adicional N° 18, al haberse verificado incoherencia en los metrados. En la liquidación se cuantificarán los metrados realmente ejecutados.

5.8 RESPECTO DE LA NOVENA, DECIMA Y DECIMO PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL DE LA RECONVENCIÓN

En relación a estas pretensiones, el PROGRAMA sostiene que no existe ninguna obligación de su parte de efectuar el pago por concepto de mayores gastos generales solicitados, en cada una de ellas, debido a que en la Conciliación realizada con MESALA en noviembre de 2006, se acordó la renuncia del pedido por mayores gastos, relativos a cada uno de los pedidos que se realizan.

De esta manera, sostiene el PROGRAMA que en el Quinto acuerdo del Acta de Conciliación N° 563-2006-AFC-ODL del 23 de noviembre de 2006, se acordó que la empresa MESALA renunciaba irrevocable y definitivamente al pago de mayores gastos generales: i) como consecuencia de la prórroga del plazo correspondiente al Reservorio, el mismo que involucra la Ampliación de Plazo N° 02 de diez (10) días calendario, ii) como consecuencia de la prórroga del plazo de ejecución originadas por las causales de hallazgos y rescate de restos arqueológicos que correspondió a la referida ampliación de plazo, así como las ocurridas posteriormente.

5.9 RESPECTO DE LA DÉCIMO SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL DE LA RECONVENCIÓN

No existe obligación por parte del PROGRAMA, del pago de la valorización de mayores gastos generales por la ampliación del plazo N° 14, en tanto la Conciliación realizada para darle oportunidad a MESALA, que concluya la Obra, recoge que no existen mayores gastos generales.

En el Tercer acuerdo del Acta de Conciliación N° 115-2008-CCLLP del 29 de abril de 2008, se acordó la inexistencia de gastos generales como consecuencia, entre otros, de la Ampliación de Plazo N° 14.

5.10 RESPECTO DE LA DÉCIMO TERCERA PRETENSIÓN PRINCIPAL DE LA RECONVENCIÓN

MESALA no tiene derecho a solicitar el pago de mayores gastos generales, supuestamente generados por el Acuerdo de Conciliación N° 563-2006-AFC-

El soporte ideal para su arbitraje

Proceso arbitral seguido entre el Programa Agua Para Todos y la empresa Contratistas Asociados Mesala S.A.C.

ODL, toda vez que en dicha Conciliación no se establece ampliación de plazo alguna. En ese sentido, no se contempla la aprobación de una ampliación de plazo por ciento cuarenta y un (41) días calendario.

5.11 RESPECTO DE LA DÉCIMO CUARTA PRETENSIÓN PRINCIPAL DE LA RECONVENCIÓN

El PROGRAMA deniega lo argumentado por MESALA, tras indicar que no existe alguna obligación de pago de valorización por mayores gastos generales, supuestamente originados por el acuerdo de Conciliación N° 115-2008-CCLLP, por cuanto dicha Conciliación contiene los gastos propios de los nuevos plazos y concluye, además, que no hay gastos generales ni tampoco penalidades.

En el Acta de Conciliación N° 115-2008 del 29 de abril de 2008, se estableció un plazo de ciento veinte (120) días calendario, contados a partir del reinicio de la Obra, para que MESALA culmine el Saldo de Obra y los presupuestos adicionales inconclusos, los mismos que cuentan con sus propios gastos generales, precisándose en el segundo numeral de Acuerdos de la Adenda N° 02 al CONTRATO la inexistencia de mayores gastos generales y penalidades desde el 29 de mayo de 2008 (fecha de reinicio de la Obra) hasta el 24 de enero de 2009.

5.12 RESPECTO DE LA DÉCIMO QUINTA PRETENSIÓN PRINCIPAL DE LA RECONVENCIÓN

Debe ser declarado infundado el pedido de declaración de nulidad e ineficacia de la Carta Notarial N° 085-2009VIVIENDA/PAPT/DE, por cuanto la misma se sujeta estrictamente a lo establecido en el artículo 226 del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, y la empresa Contratista Mesala al no haber impugnación alguna contra este acto, dentro del plazo previsto en el artículo 227 de la norma legal señalada ha quedado firme.

5.13 RESPECTO DE LA DÉCIMO SEXTA PRETENSIÓN PRINCIPAL DE LA RECONVENCIÓN

Debe declararse infundado este extremo de la reconvencción, dado que la resolución del CONTRATO, que efectuó MESALA, deviene en ineficaz e inválida por no cumplir con el procedimiento a que se contrae el segundo párrafo del artículo 226° del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, al haber omitido otorgar al PROGRAMA un plazo de quince (15) días calendario, exigiendo el cumplimiento de las (07) obligaciones esenciales mencionadas en la carta GG N° 032-2009ICAM, supuestamente incumplidas por el PROGRAMA, cuando en realidad se exigió únicamente la entrega de un Expediente Técnico, según Carta N° 019-09/CAM.

5.14 RESPECTO DE LA DÉCIMO OCTAVA PRETENSIÓN PRINCIPAL DE LA RECONVENCIÓN

La obligación de pago de las costas del proceso, como han sido establecidas en los puntos 38 y siguientes del Acta de Instalación de Tribunal Arbitral, serán compartidas por las partes durante el proceso y en cuanto a los costos del proceso u honorarios de los abogados, deberán ser asumidos por MESALA que es quien ha ocasionado la resolución del CONTRATO a partir de su incumplimiento.

5.15 RESPECTO DE LA DÉCIMO NOVENA PRETENSIÓN PRINCIPAL DE LA RECONVENCIÓN

El soporte ideal para su arbitraje

Proceso arbitral seguido entre el Programa Agua Para Todos y la empresa Contratistas Asociados Mesala S.A.C.

Deberá ser declarado infundado lo solicitado por MESALA respecto del pago por daños y perjuicios, por cuanto estos, conforme lo dispone el artículo 227º, primer párrafo del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, cuando la Entidad es la perjudicada como en el caso de autos, los mismos serán pagadas por el Contratista.

VI. DEL PROCESO ARBITRAL

El 13 de octubre de 2010 se llevó a cabo la Audiencia de Conciliación y Determinación de Puntos Controvertidos. En dicho acto las partes manifestaron que, de momento, no era posible arribar a acuerdo conciliatorio alguno, por lo que se fijaron los siguientes puntos controvertidos:

Del escrito de demanda del PROGRAMA

1. Determinar, si corresponde declarar o no la invalidez e ineficacia del acto de resolución del contrato de la firma Contratistas Asociados MESALA S.A.C., contenida en la Carta GG N° 032-2009/CAM
2. Determinar, si corresponde declarar o no la validez y eficacia del acto de Resolución Contractual del Programa Agua para Todos contenido en la Carta N° 085-2009/VIVIENDA/VMCS/PAPT-DE, y de ser el caso, si corresponde ordenar se proceda a la liquidación del contrato.
3. Determinar, si corresponde ordenar a la empresa Contratistas Asociados Mesala S.A.C. pague a favor del Programa Agua Para Todos la suma de S/.11'152,125.90 (Once Millones Ciento Cincuenta y Dos Mil Ciento Veinticinco y 90/100 Nuevos Soles) por concepto de indemnización por los daños ocasionados por el incumplimiento del Contrato de Ejecución de Obra N° 001-2006-VIVIENDA/VMCS-DNS-UTF.
4. Determinar, si corresponde ordenar a la empresa Contratistas Asociados Mesala S.A.C. pague a favor del Programa Agua Para Todos la suma de S/.20'000,000.00 (Veinte Millones y 00/100 Nuevos Soles) por concepto de indemnización por daño moral ocasionado a la población de los Distritos de Tate, Pueblo Nuevo y Pachacútec, al no contar a la fecha con los servicios de agua potable y desagüe.
5. Determinar, si corresponde ordenar a alguna de las partes el pago de costas y costos del proceso arbitral.

De la reconvención de MESALA

6. Determinar, si corresponde declarar la aprobación por silencio positivo de la Carta GG N° 151-08/CAM, de fecha 25.09.08, por la cual solicitamos la ampliación de plazo N° 16 por 106 días calendarios, al amparo del artículo 259º, del D.S. N° 084-2004-PCM, Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, con el reconocimiento y pago de los mayores gastos generales, ascendentes a la suma de S/.472,333.88 (Cuatrocientos Setenta y Dos Mil Trescientos Treintas y tres y 88/100 Nuevos Soles), más los intereses que se

El soporte ideal para su arbitraje

Proceso arbitral seguido entre el Programa Agua Para Todos y la empresa Contratistas Asociados Mesala S.A.C.

generen a la fecha de pago, al amparo del artículo 260°, del D.S. N° 084-2004-PCM, Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado.

7. Determinar, si corresponde declarar la nulidad y/o ineficacia de la Resolución Directoral N° 103-2008-VIVIENDA/MVCS/PAPTDE, por la cual la Entidad contratante declara improcedente nuestro pedido de Ampliación de Plazo N° 17 y se nos otorgue los 53 días calendario solicitados, al amparo del artículo 258° del D.S. N° 084-2004-PCM, Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, con reconocimiento y pago de los mayores gastos generales ascendentes a la suma de S/.236,166.94 (Doscientos Treinta y Seis Mil Ciento Sesenta y Seis y 94/100 Nuevos Soles), más los intereses que se generen a la fecha de pago, al amparo del artículo 260° del D.S. N° 084-2004-PCM, Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado.
8. Determinar si corresponde declarar la nulidad y/o ineficacia de la Resolución Directoral N° 102-2008-VIVIENDA/MVCS/PAPT por la cual la entidad contratante, declara improcedente nuestro pedido de Ampliación de Plazo N° 18 y se nos otorgue los 38 días calendarios solicitados, al amparo del artículo 258° del D.S. N° 084-2004-PCM, Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, con el reconocimiento y pago de los mayores gastos generales ascendentes a la suma de S/.169,327.24 (Ciento Sesenta y Nueve Mil Trescientos Veintisiete y 24/100 Nuevos Soles), más los intereses que se generen a la fecha de pago, al amparo del artículo 260° del D.S. N° 084-2004-PCM, Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado.
9. Determinar, si corresponde declarar la aprobación por silencio positivo de la Carta GG N° 001-09/CAM, de fecha 05.01.09, por la cual solicitamos la Ampliación de Plazo N° 19 por 39 días calendarios, al amparo del artículo 259°, del D.S. N° 084-2004-PCM, Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, con el reconocimiento y pago de los mayores gastos generales, ascendentes a la suma de S/.173,783.22 (Ciento Setenta y Tres Mil Setecientos Ochenta y tres y 22/100 Nuevos Soles), más los intereses que se generen a la fecha de pago, al amparo del artículo 260°, del D.S. N° 084-2004-PCM, Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado.
10. Determinar, si corresponde declarar la aprobación por silencio positivo de la Carta GG N° 013-09/CAM, de fecha 23.01.09, por la cual solicitamos la ampliación de plazo N° 20 por 45 días calendarios, al amparo del artículo 259°, del D.S. N° 084-2004-PCM, Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, con el reconocimiento y pago de los mayores gastos generales, ascendentes a la suma de S/.217,959.75 (Doscientos Diecisiete Mil Novecientos Cincuenta y Nueve y 75/100 Nuevos Soles), más los intereses que se generen a la fecha de pago, al amparo del artículo 260°, del D.S. N° 084-2004-PCM, Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado.
11. Determinar, si corresponde ordenar al Programa Agua Para Todos del Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento pague a favor de la empresa Contratistas Asociados Mesala S.A.C. la Factura de Valorización N° 04 del Adicional N° 16 presentada mediante Carta GG N° 017-09-0/CAM de fecha 29.01.09, por la suma de S/.127,136.32 (Ciento Veintisiete Mil Ciento Treinta y Seis y 32/100 Nuevos Soles), al amparo del artículo 255° del D.S. N° 084-2004-PCM, Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, más los intereses que se generen hasta la fecha de pago.

El soporte ideal PARA SU ARBITRAJE

Proceso arbitral seguido entre el Programa Agua Para Todos y la empresa Contratistas Asociados Mesala S.A.C.

12. Determinar, si corresponde ordenar al Programa Agua Para Todos del Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento pague a favor de la empresa Contratistas Asociados Mesala S.A.C. la Factura de Valorización N° 02 del Adicional N° 15 presentada mediante Carta GG N° 016-09-0/CAM de fecha 29.01.09, por la suma de S/.82,029.21 (Ochenta y Dos Mil Veintinueve y 21/100 Nuevos Soles), al amparo del artículo 255° del D.S. N° 084-2004-PCM, Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, más los intereses que se generen hasta la fecha de pago.
13. Determinar, si corresponde ordenar al Programa Agua Para Todos del Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento pague a favor de la empresa Contratistas Asociados Mesala S.A.C. la Factura de Valorización N° 03 del Adicional N° 18 presentada mediante Carta GG N° 018-09-0/CAM de fecha 29.01.09, por la suma de S/.13,462.85 (Trece Mil Cuatrocientos Sesenta y Dos y 85/100 Nuevos Soles), al amparo del artículo 255° del D.S. N° 084-2004-PCM, Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, más los intereses que se generen hasta la fecha de pago.
14. Determinar, si corresponde ordenar al Programa Agua Para Todos del Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento pague a favor de la empresa Contratistas Asociados Mesala S.A.C. la Valorización de Mayores Gastos Generales correspondientes a la Ampliación de Plazo N° 02, por 10 días calendarios, aprobada por la entidad, por la suma de S/.44,144.80 (Cuarenta y Cuatro Mil Ciento Cuarenta y Cuatro y 80/100 Nuevos Soles), más los intereses que se generen hasta la fecha de pago.
15. Determinar, si corresponde ordenar al Programa Agua Para Todos del Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento pague a favor de la empresa Contratistas Asociados Mesala S.A.C. la Valorización de Mayores Gastos Generales correspondientes a la Ampliación de Plazo N° 04, por 9 días calendarios, aprobada por la entidad, por la suma de S/.39,730.32 (Treinta y Nueve Mil Setecientos Treinta y 32/100 Nuevos Soles), más los intereses que se generen hasta la fecha de pago.
16. Determinar, si corresponde ordenar al Programa Agua Para Todos del Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento pague a favor de la empresa Contratistas Asociados Mesala S.A.C. la Valorización de Mayores Gastos Generales correspondientes a la Ampliación de Plazo N° 12, por 120 días calendarios, aprobada por la entidad, por la suma de S/.527,948.40 (Quinientos Veintisiete Mil Novecientos Cuarenta y Ocho y 40/100 Nuevos Soles), más los intereses que se generen hasta la fecha de pago.
17. Determinar, si corresponde ordenar al Programa Agua Para Todos del Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento pague a favor de la empresa Contratistas Asociados Mesala S.A.C. la Valorización de Mayores Gastos Generales correspondientes a la Ampliación de Plazo N° 14, por 72 días calendarios, aprobada por la entidad, por la suma de S/.320,830.56 (Trescientos Veinte Mil Ochocientos Treinta y 56/100 Nuevos Soles), más los intereses que se generen hasta la fecha de pago.
18. Determinar, si corresponde ordenar al Programa Agua Para Todos del Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento pague a favor de la empresa Contratistas Asociados Mesala S.A.C. la Valorización de Mayores Gastos Generales, generados por el Acuerdo Conciliatorio N° 563-2006, mediante el cual se concede una Ampliación de Plazo por 141 días calendarios, por la

El soporte ideal para su arbitraje

Proceso arbitral seguido entre el Programa Agua Para Todos y la empresa Contratistas Asociados Mesala S.A.C.

suma de S/. 621,608.37 (Seiscientos Veintiún Mil Seiscientos Ocho y 37/100 Nuevos Soles), más los intereses que se generen hasta la fecha de pago.

19. Determinar, si corresponde ordenar al Programa Agua Para Todos del Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento pague a favor de la empresa Contratistas Asociados Mesala S.A.C. la Valorización de Mayores Gastos Generales, generados por el Acuerdo Conciliatorio N° 115, mediante el cual se concede una Ampliación de Plazo por 120 días calendarios, por la suma de S/. 561,474.00 (Quinientos Sesenta y Un Mil Cuatrocientos Setenta y Cuatro y 00/100 Nuevos Soles), más los intereses que se generen hasta la fecha de pago.
20. Determinar si corresponde declarar la nulidad y/o ineficacia de la Carta Notarial N° 085-2009/VIVIENDA/MVCS/PAPT7DE, de fecha 02.04.09, por la cual la entidad contratante, de manera arbitraria, comunica al contratista la resolución del contrato.
21. Determinar si corresponde declarar consentida o no la resolución de contrato contenida en la Carta N° 032-2009-CAM, de fecha 25.02.09, al amparo del artículo 267° del D.S. N° 084-2004-PCM, Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado.
22. Determinar, si corresponde ordenar al Programa Agua Para Todos del Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento por los daños y perjuicios que se originan en el mayor costo de renovación de la Carta Fianza de Fiel Cumplimiento de Obra, al haberse excedido los plazos contractuales, la misma que no se puede recuperar por la desidia de la entidad contratante, por la demora innecesaria a la solución de las presentes controversias como el perjuicio causado por gastos de pago a empresas asesoras para el proceso arbitral; gastos por pagos al personal administrativo y técnico, al haberse excedido los plazos contractuales, tal como lo estipula los artículos 1969° y 1985° del Código Civil, así como las utilidades dejadas de percibir por tener comprometidas las garantías no permitiendo la participación de mi representada en diversos procesos de selección.

ADMISIÓN Y ACTUACIÓN DE MEDIOS PROBATORIOS

Acto seguido, el Tribunal Arbitral procedió a admitir los siguientes medios probatorios:

Del PROGRAMA

Se admitieron los medios probatorios ofrecidos en su escrito de demanda presentado con fecha 14 de julio de 2009, y que se detallan en el acápite III. denominado "Medios Probatorios" desde el numeral 1 al 17.

De MESALA

Se admitieron los medios probatorios ofrecidos en su escrito de contestación de demanda y reconvenición presentado con fecha 26 de agosto de 2009, y que se detallan en los acápites III. Y VI., denominados "Medios Probatorios" y "Medios Probatorios de la Reconvenición".

En ese mismo acto, el colegiado otorgó un plazo de cinco (5) días hábiles al PROGRAMA para que establezca la naturaleza y alcances de la Pericia solicitada en el numeral 17 del escrito de demanda. Cabe advertir que mediante escrito del 19 de octubre de 2009, el PROGRAMA absolvió el requerimiento formulado; no obstante, en

El soporte ideal para su arbitraje

Proceso arbitral seguido entre el Programa Agua Para Todos y la empresa Contratistas Asociados Mesala S.A.C.

el segundo artículo de la parte resolutive correspondiente a la Resolución N° 19 expedida el 22 de marzo de 2010 se resolvió declarar inútil la pericia ofrecida.

De otro lado, con fecha 29 de octubre de 2009 se llevó a cabo la Audiencia de Sustentación de Puntos Controvertidos, oportunidad en la cual se dio el uso de la palabra a ambas partes, a fin que expongan sus argumentos. Igualmente, el día 19 de noviembre de 2009, se realizó la Audiencia de Sustentación Técnica.

Mediante Resolución N° 19 del 22 de marzo de 2010 se dispuso, entre otros aspectos, cerrar la etapa probatoria respecto de las pretensiones formuladas por el PROGRAMA y otorgar a las partes un plazo de cinco (05) días para que presenten sus alegatos escritos. Sobre el particular, con fecha 6 de abril de 2010 se expidió la Resolución N° 22 que dio trámite a los escritos de alegatos presentados por las partes y citó a la Audiencia de Informes Orales.

Cabe advertir que el día 11 de mayo de 2010 se realizó la Audiencia de Informes Orales, en la que el Tribunal Arbitral dispuso declarar nula la resolución N° 22, que disponía archivar las pretensiones establecidas en el escrito de reconvencción, por lo que otorgó un plazo a MESALA para que presente los alegatos referentes a los puntos controvertidos contenidos en los numerales 2.6 al 2.22 del acta de Audiencia de Conciliación y Determinación de Puntos Controvertidos del 13 de octubre de 2009.

Finalmente, con fecha 1° de junio de 2010 se llevó a cabo la Audiencia de Informes Orales respecto de las pretensiones de la reconvencción y, mediante Resolución N° 26 de fecha 15 de septiembre de 2010 y notificada a las partes con fecha 29 de septiembre, el Tribunal Arbitral dictaminó que se encontraba apto para expedir el laudo, por lo que solicitó se traigan los autos para laudar, estableciendo en cuarenta (40) días hábiles el plazo para expedir el laudo, sin perjuicio de su facultad de ampliar éste por 20 (veinte) días adicionales.

En consecuencia, el Tribunal Arbitral procede a dictar el laudo arbitral dentro del plazo dispuesto.

CONSIDERANDO:

I. CUESTIONES PRELIMINARES

Antes de entrar a analizar la materia controvertida, corresponde confirmar lo siguiente: (i) que el Tribunal Arbitral se constituyó de acuerdo al convenio arbitral suscrito por las partes; (ii) que en momento alguno se recusó al Tribunal Arbitral, o se impugnó o reclamó contra las disposiciones de procedimiento dispuestas en el Acta de Instalación; (iii) que el PROGRAMA presentó su demanda y contestación a la reconvencción dentro de los plazos dispuestos; (iv) que MESALA fue debidamente emplazada con la demanda, contestó ésta dentro del plazo conferido y ejerció plenamente su derecho de defensa e incluso planteó reconvencción; (v) que las partes tuvieron plena oportunidad para ofrecer y actuar todos sus medios probatorios, así como ejercieron la facultad de presentar alegatos e, inclusive, de informar oralmente; y, (vi) que, este Tribunal Arbitral ha procedido a laudar dentro del plazo acordado con las partes.

II. ANÁLISIS DE LOS PUNTOS CONTROVERTIDOS

En el desarrollo de los fundamentos de su decisión, el Tribunal Arbitral ha dispuesto alterar parcialmente el orden de análisis de cada una de las cuestiones en controversia establecido en el Acta de Audiencia de Conciliación y Determinación de

El soporte ideal para su arbitraje

Proceso arbitral seguido entre el Programa Agua Para Todos y la empresa Contratistas Asociados Mesala S.A.C.

Puntos Controvertidos del 13 de octubre de 2009 - de conformidad con la previsión hecha en el segundo párrafo de la página 5 de la referida acta¹ -:

DETERMINAR, SI CORRESPONDE DECLARAR O NO LA INVALIDEZ E INEFICACIA DEL ACTO DE RESOLUCIÓN DEL CONTRATO DE LA FIRMA CONTRATISTAS ASOCIADOS MESALA S.A.C., CONTENIDA EN LA CARTA GG N° 032-2009/CAM (PUNTO CONTROVERTIDO N° 1)

DETERMINAR SI CORRESPONDE DECLARAR CONSENTIDA O NO LA RESOLUCIÓN DE CONTRATO CONTENIDA EN LA CARTA N° 032-2009-CAM, DE FECHA 25.02.09, AL AMPARO DEL ARTÍCULO 267° DEL D.S. N° 084-2004-PCM, REGLAMENTO DE LA LEY DE CONTRATACIONES Y ADQUISICIONES DEL ESTADO (PUNTO CONTROVERTIDO N° 21)

(El Tribunal considera pertinente analizar conjuntamente estos puntos controvertidos, debido a su conexidad lógica.)

Posición del PROGRAMA

El PROGRAMA ha afirmado que la resolución del contrato desarrollada por MESALA carecería de validez y eficacia debido a que:

- (i) A través de la Carta N° 019-09/CAM se le habría requerido subsanar fallas o defectos del Expediente Técnico que no fueron los que motivaron la resolución del Contrato efectuada por MESALA a través de su Carta N° 032-2009/CAM, con lo que, en los hechos, no se le habría dado el plazo de quince (15) días para subsanar las presuntas fallas o defectos, tal como lo exige el artículo 226 del Reglamento;
- (ii) Las presuntas fallas o defectos a las que aludiría la Carta N° 019-09/CAM se referirían a nuevas modificaciones del Expediente Técnico, las cuales podían ser aprobadas o desaprobadas a través del trámite de presupuestos adicionales o deductivos, para los que no se siguió el trámite debido (no fueron anotados en el Cuaderno de Obra ni comunicados al Inspector de Obra); y
- (iii) Las presuntas fallas o defectos a los que aludiría la Carta N° 019-09/CAM fueron absueltos, en el sentido de lo señalado en su Escrito No. 8.

Posición de MESALA

En respuesta a lo afirmado por el PROGRAMA, MESALA ha señalado que:

- (i) Se cumplió requerimiento exigido por el artículo 226 del Reglamento a través de la Carta N° 019-09/CAM;
- (ii) Las fallas o defectos del Expediente Técnico a las que se referiría la Carta N° 019-09/CAM no fueron efectivamente subsanados por el PROGRAMA; y
- (iii) MESALA "siempre estuvo financiando la obra, lo que nos obligó a tener que resolver el contrato";

Posición del Tribunal Arbitral

1) De una revisión del texto de las Cartas N° 019-09/CAM y N° 032-2009/CAM se observa que ambas aluden a las mismas fallas o defectos del Expediente Técnico, con

¹ Señala el referido párrafo: "El Tribunal Arbitral, deja claramente establecido que se reserva el derecho de analizar y, en su caso, Resolver, los puntos controvertidos no necesariamente en el orden en el que han sido señalados en la presente Acta. [...]"

El soporte ideal para su arbitraje

Proceso arbitral seguido entre el Programa Agua Para Todos y la empresa Contratistas Asociados Mesala S.A.C.

la única diferencia de que la Carta N° 032-2009/CAM sólo alude a seis (6) de las siete (7) fallas detalladas en la Carta N° 019-09/CAM.

Así, en la medida que la Carta N° 019-09/CAM fue remitida al PROGRAMA el 9 de febrero de 2009 y la Carta N° 032-2009/CAM lo fue el 26 de febrero de 2009, esto es, con un intervalo de 15 días naturales entre ambas, se tiene que, en principio, MESALA habría cumplido con lo establecido en el segundo párrafo del artículo 226 del Reglamento.

2) No obstante lo anterior, como se sabe, para que un incumplimiento motive la resolución de un contrato es menester que éste no revista una escasa importancia. Así lo explica el profesor PALACIOS MARTÍNEZ²:

"Se trata, con tal requerimiento, de verificar la efectiva alteración provocada por el incumplimiento sobre el equilibrio total de la operación contenida en el contrato, teniendo específica atención a la situación jurídica lesionada en la cabeza del titular de la pretensión creditoria que permanece en todo o en parte inactuada: a la escasa importancia viene en efecto reconocida una función de elemento impeditivo de la resolución".

El fundamento de la exigencia de esta cualidad del incumplimiento descansa en el principio de buena fe en la ejecución de los contratos, recogido en el artículo 1362 del Código Civil, en el sentido expuesto por el profesor DE LA PUENTE LAVALLE³:

"[L]a regla general debe ser que procede la resolución del contrato por incumplimiento, pero que excepcionalmente, cuando la falta, la demora o el defecto son de tan escasa monta, tomando en cuenta el contenido íntegro de la relación contractual, que sería contrario a la buena fe hacerlos valer como causal de resolución, puede desestimarse la solicitud del actor. Creo que la celosa observancia de la buena fe-lealtad debe atemperar la rigurosa aplicación del artículo 1428 del Código civil".

4) En este sentido, en la medida que es carga de la prueba de MESALA probar que los referidos incumplimientos eran de tal magnitud que debían motivar la resolución del Contrato y no lo ha hecho, no sería congruente con la buena fe el que el Contrato se considerara resuelto sobre la base de los incumplimientos a los que aludió MESALA en sus Cartas N° 019-09/CAM y N° 032-2009/CAM, de manera que la resolución que ésta efectuara a través de la Carta N° 032-2009/CAM no es válida.

5) De esta manera, en la medida que la resolución contractual de MESALA es inválida, carece de objeto que este Tribunal se pronuncie respecto a si ésta quedó o no consentida.

DETERMINAR, SI CORRESPONDE DECLARAR O NO LA VALIDEZ Y EFICACIA DEL ACTO DE RESOLUCIÓN CONTRACTUAL DEL PROGRAMA AGUA PARA TODOS CONTENIDO EN LA CARTA N° 085-2009/VIVIENDA/VMCS/PAPT-DE (PUNTO CONTROVERTIDO N° 2-A)

DETERMINAR SI CORRESPONDE DECLARAR LA NULIDAD Y/O INEFICACIA DE LA CARTA NOTARIAL N° 085-2009/VIVIENDA/MVCS/PAPT7DE, DE FECHA 02.04.09, POR LA CUAL LA ENTIDAD CONTRATANTE, DE MANERA ARBITRARIA, COMUNICA AL CONTRATISTA LA RESOLUCIÓN DEL CONTRATO (PUNTO CONTROVERTIDO N° 20)

² PALACIOS MARTÍNEZ, Eric. Comentario al Artículo N° 1428 del Código Civil. En: "Código civil comentado por los 100 mejores especialistas". Tomo VII. Lima: Gaceta Jurídica, 2004. p. 512.

³ DE LA PUENTE LAVALLE, Manuel. "El Contrato en general. Comentarios a la Sección Primera del Libro VII del Código Civil". Segunda Edición. Tomo II. Lima: Palestra Editores, 2001. p. 393.

El soporte ideal para su arbitraje

Proceso arbitral seguido entre el Programa Agua Para Todos y la empresa Contratistas Asociados Mesala S.A.C.

(El Tribunal considera pertinente analizar conjuntamente estos puntos controvertidos, debido a su conexidad lógica.)

Posición del PROGRAMA

El PROGRAMA afirma que la resolución que efectuó a través de la Carta N° 085-2009/VIVIENDA/VMCS/PAPT-DE es válida y eficaz debido a que:

- (i) MESALA habría incumplido una serie de obligaciones esenciales para el Contrato al (a) no haber presentado valorizaciones entre diciembre de 2008 y enero de 2009 y no haber cumplido con el Calendario de Avance Obra vigente tras la suscripción de la Adenda N° 2; (b) haber completado sólo 11 de los 15 presupuestos adicionales aprobados (72%); (c) tener pendiente de amortización adelantos directo y en materiales; (d) y no haber renovado póliza de seguro de construcción vencida el 30 de abril de 2009;
- (ii) La Carta N° 085-2009/VIVIENDA/VMCS/PAPT-DE no habría sido cuestionada por MESALA en ningún momento; y
- (iii) A través de la Carta N° 004-2009/VIVIENDA/VMCS/PAPT-1.0 se dejó constancia de que la Carta N° 085-2009/VIVIENDA/VMCS/PAPT-DE había sido consentida porque no se había promovido una controversia en relación a ella dentro del plazo de caducidad establecido en la Ley.

Posición de MESALA

MESALA responde a lo señalado por el PROGRAMA exponiendo que:

- (i) La resolución efectuada por el PROGRAMA por medio de la Carta N° 085-2009/VIVIENDA/VMCS/PAPT-DE es improcedente de pleno derecho ya que MESALA resolvió previamente el Contrato a través de la Carta N° 032-2009/CAM;
- (ii) MESALA no se encontraba en causal de incumplimiento debido a que a la fecha de su resolución del Contrato presentaba un avance acumulado de 87.93% (equivalente al 94.38% del avance programado); y
- (iii) La resolución contractual efectuada por el PROGRAMA sería nula por haber contravenido el requisito esencial consistente en que todo acto administrativo debe guardar relación con los hechos realmente ocurridos.

Posición del Tribunal Arbitral

1) El Tribunal considera que es central para la determinación de la validez y eficacia de la resolución efectuada por el PROGRAMA el determinar también respecto a ella si los incumplimientos de MESALA que la habrían motivado son o no de escasa importancia.

2) Para probar la magnitud de los incumplimientos en los que habría incurrido MESALA, el PROGRAMA introdujo en sus Escritos No. 1 y No. 8 una serie de cuadros que mostrarían los avances de obra totales, los avances de obra en relación a los presupuestos adicionales aprobados y los montos por adelantos directo y de materiales que estarían pendientes de amortizar.

3) Así mismo, con su Escrito No. 7 ha presentado una serie de diapositivas que buscarían probar la relación entre las obras programadas, los porcentajes de actividades ejecutadas y los porcentajes de obras pendientes de ejecución. Eilo

El soporte ideal para su arbitraje

Proceso arbitral seguido entre el Programa Agua Para Todos y la empresa Contratistas Asociados Mesala S.A.C.

además de un conjunto de tablas de presunta elaboración propia en que se consolidaría información relativa al avance de la obra (en términos de obra valorizada contra obra ejecutada), montos de adelantos y pago de valorizaciones.

4) Ahora bien, el Tribunal considera que esta información resulta insuficiente para determinar si los incumplimientos en los que presuntamente incurrió MESALA son de la dimensión suficiente para motivar una válida resolución del Contrato.

En efecto, por más detallada que sea la información que se ha presentado en los cuadros, lo afirmado a través de ellos no ha podido ser contrastado con documentación sustentatoria idónea, en la medida que tablas de elaboración propia no pueden considerarse sustentadas por otras tablas de elaboración propia. Respecto a esto, repárese concretamente en que ninguno de los cuadros y tablas presentados por el PROGRAMA con su Escrito No. 7 cuenta siquiera con la conformidad de su Inspector de Obra.

Por otro lado, el aporte de las resoluciones por las que se aprobaron presupuestos adicionales y deductivos únicamente podría permitir la determinación del monto contractual definitivo, pero no echa ninguna luz respecto a lo verdaderamente relevante: probar suficientemente el grado efectivo de ejecución del Contrato que ha desarrollado MESALA en el presente caso.

5) De esta manera, en la medida que es carga del PROGRAMA probar que MESALA habría incumplido con sus obligaciones en una magnitud que motive la resolución del Contrato y no lo ha hecho, por los motivos expuestos en el numeral previo, corresponde declarar que la resolución que efectuara a través de la Carta N° 085-2009/VIVIENDA/VMCS/PAPT-DE no es válida.

DETERMINAR SI CORRESPONDE ORDENAR SE PROCEDA A LA LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO (PUNTO CONTROVERTIDO N° 2-B)

DETERMINAR, SI CORRESPONDE ORDENAR A LA EMPRESA CONTRATISTAS ASOCIADOS MESALA S.A.C. PAGUE A FAVOR DEL PROGRAMA AGUA PARA TODOS LA SUMA DE S/.11'152,125.90 (ONCE MILLONES CIENTO CINCUENTA Y DOS MIL CIENTO VEINTICINCO Y 90/100 NUEVOS SOLES) POR CONCEPTO DE INDEMNIZACIÓN POR LOS DAÑOS OCASIONADOS POR EL INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO DE EJECUCIÓN DE OBRA N° 001-2006-VIVIENDA/VMCS-DNS-UTF (PUNTO CONTROVERTIDO N° 3)

DETERMINAR, SI CORRESPONDE ORDENAR A LA EMPRESA CONTRATISTAS ASOCIADOS MESALA S.A.C. PAGUE A FAVOR DEL PROGRAMA AGUA PARA TODOS LA SUMA DE S/.20'000,000.00 (VEINTE MILLONES Y 00/100 NUEVOS SOLES) POR CONCEPTO DE INDEMNIZACIÓN POR DAÑO MORAL OCASIONADO A LA POBLACIÓN DE LOS DISTRITOS DE TATE, PUEBLO NUEVO Y PACHACÚTEC, AL NO CONTAR A LA FECHA CON LOS SERVICIOS DE AGUA POTABLE Y DESAGÜE (PUNTO CONTROVERTIDO N° 4)

(El Tribunal considera pertinente analizar conjuntamente estos puntos controvertidos, debido a su conexidad lógica.)

Dado el carácter accesorio que el PROGRAMA eligió imprimirle a estas pretensiones respecto a si declaraba fundada o no su pretensión relativa a la validez y eficacia de su resolución contractual; y en vista de que esta pretensión fue declarada infundada; corresponde declarar infundadas también estas otras pretensiones, dado que nos encontramos frente a una acumulación sucesiva de pretensiones, la cual – como señala MORALES⁴ – “se presenta cuando se propone una pretensión bajo la condición

⁴ MORALES, Hernando. Citado por RAMÍREZ ARCILA, Carlos. “Acción y acumulación de pretensiones. Bogotá: Temis, 1978. p. 147.

El soporte ideal para su arbitraje

Proceso arbitral seguido entre el Programa Agua Para Todos y la empresa Contratistas Asociados Mesala S.A.C.

de que antes sea acogida la otra de la cual tomará vida" y trate como consecuencia el decaimiento de las pretensiones acumuladas consecuentemente a una pretensión principal.

DETERMINAR, SI CORRESPONDE DECLARAR LA APROBACIÓN POR SILENCIO POSITIVO DE LA CARTA GG N° 151-08/CAM, DE FECHA 25.09.08, POR LA CUAL SOLICITAMOS LA AMPLIACIÓN DE PLAZO N° 16 POR 106 DÍAS CALENDARIOS, AL AMPARO DEL ARTÍCULO 259°, DEL D.S. N° 084-2004-PCM, REGLAMENTO DE LA LEY DE CONTRATACIONES Y ADQUISICIONES DEL ESTADO, CON EL RECONOCIMIENTO Y PAGO DE LOS MAYORES GASTOS GENERALES, ASCENDENTES A LA SUMA DE S/.472,333.88 (CUATROCIENTOS SETENTA Y DOS MIL TRESCIENTOS TREINTAS Y TRES Y 88/100 NUEVOS SOLES), MÁS LOS INTERESES QUE SE GENEREN A LA FECHA DE PAGO, AL AMPARO DEL ARTÍCULO 260°, DEL D.S. N° 084-2004-PCM, REGLAMENTO DE LA LEY DE CONTRATACIONES Y ADQUISICIONES DEL ESTADO (PUNTO CONTROVERTIDO N° 6)

Posición de MESALA

Al respecto ha señalado MESALA que:

- (i) El PROGRAMA no se ha pronunciado hasta la fecha respecto a su solicitud de Ampliación de Plazo N° 16 y que, por tanto, debe operar el silencio positivo de conformidad con el segundo párrafo *in fine* del artículo 259 del Reglamento; y
- (ii) El reconocimiento de la Ampliación de Plazo No. 16 deberá traer aparejado el de los correspondientes gastos generales.

Posición del PROGRAMA

En respuesta, el PROGRAMA sostuvo que el silencio positivo no sería aplicable en vista de que sí emitió un pronunciamiento respecto a la solicitud de Ampliación de Plazo N° 16, a través del Oficio N° 2918-2008-VIVIENDA/VMCS/PAPT-DE, por medio del cual se devolvió a MESALA el expediente de esta solicitud debido a que presuntamente no no habría cuantificado ni sustentado su solicitud de ampliación de plazo ante el Inspector de Obra.

Posición del Tribunal Arbitral

1) Si bien es cierto el fundamento al que se ha remitido MESALA para sustentar esta pretensión es el artículo 259 del Reglamento y no a las normas que regulan el silencio administrativo positivo, corresponde deslindar que esta institución corresponde al ámbito de las relaciones administrativas⁵ y no contractuales y que, por tanto, resulta impertinente para generar consecuencias jurídicas en la esfera dentro de la cual las entidades estatales contratan con los privados.

⁵ Esto puede verificarse del artículo 1 de la Ley N° 29060 – Ley del Silencio Administrativo, el cual señala:

"Artículo 1.- Objeto de la Ley

Los procedimientos de evaluación previa están sujetos a silencio positivo, cuando se trate de algunos de los siguientes supuestos:

- a) Solicitudes cuya estimación habilite para el ejercicio de derechos preexistentes o para el desarrollo de actividades económicas que requieran autorización previa del Estado, y siempre que no se encuentren contempladas en la Primera Disposición Transitoria, Complementaria y Final.
- b) Recursos destinados a cuestionar la desestimación de una solicitud o actos administrativos anteriores, siempre que no se encuentren contemplados en la Primera Disposición Transitoria, Complementaria y Final.
- c) Procedimientos en los cuales la trascendencia de la decisión final no pueda repercutir directamente en administrados distintos del petionario, mediante la limitación, perjuicio o afectación a sus intereses o derechos legítimos". (El subrayado es nuestro.)

El soporte ideal para su arbitraje

Proceso arbitral seguido entre el Programa Agua Para Todos y la empresa Contratistas Asociados Mesala S.A.C.

2) Hecho este distingo, se tiene que el Oficio N° 2918-2008-VIVIENDA/VMCS/PAPT-DE señala únicamente lo siguiente:

| | | |
|--|---|--|
| Lima, 01 OCT. 2008 | | CARGO |
| <u>Oficio N° 2918 -2008-VIVIENDA/VMCS/PAPT-DE</u> | | |
| Señores CONTRATISTAS ASOCIADOS MESALA S. A. C. Av. Arenales N° 2621 Lince - Lima <u>Presente.</u> | | |
| Asunto | : | Solicitud de Ampliación de Plazo N° 16 Obra "Saneamiento de las localidades de Tate, Pueblo Nuevo y Pachacutec, provincia y departamento de Ica - Sistemas de Agua Potable, Alcantarillado y Tratamiento de Desagües" |
| Referencia | : | Carta GG N 151-2008 / CAM |
| De mi consideración: | | |
| Tengo el agrado de dirigirme a ustedes, con relación al documento de la referencia, mediante el cual solicita la aprobación de la Ampliación de Plazo N° 16 por 106 días calendario. | | |
| Al respecto, se devuelve dicho expediente, debido a que no se cumple con la formalidad establecida en el Artículo N° 258 del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, el cual establece que el contratista o su representante legal solicitará, cuantificará y sustentará su solicitud de ampliación de plazo ante el inspector o supervisor, según corresponda. | | |
| Sin otro particular, quedo de ustedes. | | |

3) Cuando el segundo párrafo *in fine* del artículo 259 del Reglamento exige un pronunciamiento de la Entidad lo hace en el sentido de que se resuelva en relación a la solicitud formulada. Esta resolución puede requerir la subsanación de la solicitud, declararla improcedente o infundada. Pero en ningún caso, devolver meramente el expediente en los términos del oficio citado porque ello constituye, en los hechos, una ausencia de pronunciamiento. De ahí que en el presente caso, deba considerarse ampliado el plazo en los 106 días calendario solicitados.

4) En relación a los gastos generales, en la medida que el Oficio N° 2918-2008-VIVIENDA/VMCS/PAPT-DE no alude a que nos encontremos ante un caso de paralización de la obra por causas no atribuibles al contratista y que, por tanto - en aplicación del segundo párrafo del artículo 260 del Reglamento -, sea necesario la acreditación de los gastos generales solicitados - siendo, por lo demás, carga del PROGRAMA sustentar que esta acreditación correspondía -, se debe reconocer también la integridad del monto que por este concepto solicitó MESALA.

DETERMINAR, SI CORRESPONDE DECLARAR LA NULIDAD Y/O INEFICACIA DE LA RESOLUCIÓN DIRECTORAL N° 103-2008-VIVIENDA/VMCS/PAPTDE, POR LA CUAL LA ENTIDAD CONTRATANTE DECLARA IMPROCEDENTE NUESTRO PEDIDO DE AMPLIACIÓN DE PLAZO N° 17 Y SE NOS OTORQUE LOS 53 DÍAS CALENDARIO SOLICITADOS, AL AMPARO DEL ARTÍCULO 258° DEL D.S. N° 084-2004-PCM, REGLAMENTO DE LA LEY DE CONTRATACIONES Y ADQUISICIONES DEL ESTADO, CON RECONOCIMIENTO Y PAGO DE LOS MAYORES GASTOS GENERALES ASCENDENTES A LA SUMA DE S/236,166.94 (DOSCIENTOS TREINTA Y SEIS MIL CIENTO SESENTA Y SEIS Y 94/100 NUEVOS SOLES), MÁS LOS INTERESES QUE SE GENEREN A LA FECHA DE PAGO, AL AMPARO DEL ARTÍCULO 260° DEL D.S. N° 084-2004-PCM, REGLAMENTO DE LA LEY DE CONTRATACIONES Y ADQUISICIONES DEL ESTADO (PUNTO CONTROVERTIDO N° 7)

El soporte ideal para su arbitraje

Proceso arbitral seguido entre el Programa Agua Para Todos y la empresa Contratistas Asociados Mesala S.A.C.

DETERMINAR SI CORRESPONDE DECLARAR LA NULIDAD Y/O INEFICACIA DE LA RESOLUCIÓN DIRECTORAL N° 102-2008-VIVIENDA/MVCS/PAPT POR LA CUAL LA ENTIDAD CONTRATANTE, DECLARA IMPROCEDENTE NUESTRO PEDIDO DE AMPLIACIÓN DE PLAZO N° 18 Y SE NOS OTORQUE LOS 38 DÍAS CALENDARIOS SOLICITADOS, AL AMPARO DEL ARTÍCULO 258° DEL D.S. N° 084-2004-PCM, REGLAMENTO DE LA LEY DE CONTRATACIONES Y ADQUISICIONES DEL ESTADO, CON EL RECONOCIMIENTO Y PAGO DE LOS MAYORES GASTOS GENERALES ASCENDENTES A LA SUMA DE S/.169,327.24 (CIENTO SESENTA Y NUEVE MIL TRESCIENTOS VEINTISIETE Y 24/100 NUEVOS SOLES), MÁS LOS INTERESES QUE SE GENEREN A LA FECHA DE PAGO, AL AMPARO DEL ARTÍCULO 260° DEL D.S. N° 084-2004-PCM, REGLAMENTO DE LA LEY DE CONTRATACIONES Y ADQUISICIONES DEL ESTADO (PUNTO CONTROVERTIDO N° 8)

(El Tribunal considera pertinente analizar conjuntamente estos puntos controvertidos, debido a su conexidad lógica.)

Posición de MESALA

Al respecto ha señalado MESALA que:

- (i) Las Resoluciones Directorales N° 103-2008-VIVIENDA/MVCS/PAPTDE y N° 102-2008-VIVIENDA/MVCS/PAPT declararían improcedentes las solicitudes de Ampliación de Plazo N° 17 y N° 18 porque habrían sido presentadas con posterioridad al vencimiento del plazo contractual pero bajo un escenario en que la Ampliación de Plazo N° 16 no hubiera sido concedida;
- (ii) Las resoluciones directorales en cuestión serían nulas porque no guardarían relación con los hechos ocurridos; de manera que, al no haber emitido en los hechos un pronunciamiento respecto a las solicitudes de Ampliación de Plazo N° 17 y N° 18, debería operar el silencio positivo de conformidad con el segundo párrafo *in fine* del artículo 259 del Reglamento; y
- (iii) El reconocimiento de la Ampliación de Plazo No. 16 deberá traer aparejado el de los correspondientes gastos generales.

Posición del PROGRAMA

En respuesta, el PROGRAMA sostuvo que deducir la nulidad o ineficacia de las Resoluciones Directorales N° 103-2008-VIVIENDA/MVCS/PAPTDE y N° 102-2008-VIVIENDA/MVCS/PAPT es inoportuno porque éstas no habrían sido impugnadas dentro del plazo de caducidad de 15 días al que se refiere el último párrafo del artículo 232 del Reglamento.

Posición del Tribunal Arbitral

1) Ningún artículo del Reglamento puede ir en contra de lo expresamente previsto por la Ley en virtud al principio de legalidad⁶. Si recordamos que el numeral 2 del artículo 53 de la Ley establece que debe solicitarse el inicio de la conciliación o del arbitraje en cualquier momento anterior a la culminación del contrato; y que el segundo párrafo del artículo 43 de la Ley establece que los contratos de ejecución de obras culmina con su liquidación; en la medida que ésta no se ha elaborado aún, el Contrato permanece vigente hoy en día, resultando como consecuencia de ello que el inicio de este arbitraje se realizó dentro del plazo de caducidad establecido en el artículo 53 de la Ley.

⁶ Constitución Política del Perú de 1993: "Artículo 51.- La Constitución prevalece sobre toda norma legal; la ley, sobre las normas de inferior jerarquía, y así sucesivamente. La publicidad es esencial para la vigencia de toda norma del Estado".

El soporte ideal para su arbitraje

Proceso arbitral seguido entre el Programa Agua Para Todos y la empresa Contratistas Asociados Mesala S.A.C.

2) Por otro lado, del texto de las Resoluciones Directorales N° 103-2008-VIVIENDA/MVCS/PAPTDE y N° 102-2008-VIVIENDA/MVCS/PAPT se observa que la única razón por la que las solicitudes de Ampliación de Plazo N° 17 y N° 18 fueron declaradas improcedentes consistió en que habían sido presentadas presuntamente fuera del plazo contractual el 17 de octubre de 2008; pero siendo que el plazo contractual ha sido extendido en virtud a la concesión de la Ampliación de Plazo N° 16 y que, por tanto, las solicitudes Ampliación de Plazo N° 17 y N° 18 fueron presentadas dentro del plazo contractual así extendido; se tiene que la improcedencia carecería de sustento. De ahí que en el presente caso, deba considerarse ampliado el plazo en los 53 y 38 días calendario más, respectivamente. Estos es en 91 días calendario adicionales.

3) En relación a los gastos generales, en la medida que las Resoluciones Directorales N° 103-2008-VIVIENDA/MVCS/PAPTDE y N° 102-2008-VIVIENDA/MVCS/PAPT no aluden a que nos encontremos ante un caso de paralización de la obra por causas no atribuibles al contratista y que, por tanto - en aplicación del segundo párrafo del artículo 260 del Reglamento -, sea necesario la acreditación de los gastos generales solicitados - siendo, por lo demás, carga del PROGRAMA sustentar que esta acreditación correspondía -, corresponde reconocer también la integridad de los montos que por este concepto solicitó MESALA.

DETERMINAR, SI CORRESPONDE DECLARAR LA APROBACIÓN POR SILENCIO POSITIVO DE LA CARTA GG N° 001-09/CAM, DE FECHA 05.01.09, POR LA CUAL SOLICITAMOS LA AMPLIACIÓN DE PLAZO N° 19 POR 39 DÍAS CALENDARIOS, AL AMPARO DEL ARTÍCULO 259°, DEL D.S. N° 084-2004-PCM, REGLAMENTO DE LA LEY DE CONTRATACIONES Y ADQUISICIONES DEL ESTADO, CON EL RECONOCIMIENTO Y PAGO DE LOS MAYORES GASTOS GENERALES, ASCENDENTES A LA SUMA DE S/.173,783.22 (CIENTO SETENTA Y TRES MIL SETECIENTOS OCHENTA Y TRES Y 22/100 NUEVOS SOLES), MÁS LOS INTERESES QUE SE GENEREN A LA FECHA DE PAGO, AL AMPARO DEL ARTÍCULO 260°, DEL D.S. N° 084-2004-PCM, REGLAMENTO DE LA LEY DE CONTRATACIONES Y ADQUISICIONES DEL ESTADO (PUNTO CONTROVERTIDO N° 9)

DETERMINAR, SI CORRESPONDE DECLARAR LA APROBACIÓN POR SILENCIO POSITIVO DE LA CARTA GG N° 013-09/CAM, DE FECHA 23.01.09, POR LA CUAL SOLICITAMOS LA AMPLIACIÓN DE PLAZO N° 20 POR 45 DÍAS CALENDARIOS, AL AMPARO DEL ARTÍCULO 259°, DEL D.S. N° 084-2004-PCM, REGLAMENTO DE LA LEY DE CONTRATACIONES Y ADQUISICIONES DEL ESTADO, CON EL RECONOCIMIENTO Y PAGO DE LOS MAYORES GASTOS GENERALES, ASCENDENTES A LA SUMA DE S/.217,959.75 (DOSCIENTOS DIECISIETE MIL NOVECIENTOS CINCUENTA Y NUEVE Y 75/100 NUEVOS SOLES), MÁS LOS INTERESES QUE SE GENEREN A LA FECHA DE PAGO, AL AMPARO DEL ARTÍCULO 260°, DEL D.S. N° 084-2004-PCM, REGLAMENTO DE LA LEY DE CONTRATACIONES Y ADQUISICIONES DEL ESTADO (PUNTO CONTROVERTIDO N° 10)

(El Tribunal considera pertinente analizar conjuntamente estos puntos controvertidos, debido a su conexidad lógica.)

Posición de MESALA

Al respecto ha señalado MESALA que:

- (i) El PROGRAMA no se ha pronunciado hasta la fecha respecto a sus solicitudes de Ampliación de Plazo N° 19 y N° 20 y que, por tanto, debe operar el silencio positivo de conformidad con el segundo párrafo *in fine* del artículo 259 del Reglamento; y
- (ii) El reconocimiento de la Ampliación de Plazo No. 16 deberá traer aparejado el de los correspondientes gastos generales.

El soporte ideal para su arbitraje

Proceso arbitral seguido entre el Programa Agua Para Todos y la empresa Contratistas Asociados Mesala S.A.C.

Posición del PROGRAMA

En respuesta, el PROGRAMA sostuvo que:

- (i) En relación a la solicitud de la Ampliación de Plazo N° 19, sí emitió un pronunciamiento a través de la Resolución Directoral N° 005-2009/VIVIENDA/VMCS/PAPT/DE, por la que se declaró improcedente esta solicitud; y que esta resolución no habría sido impugnada dentro del plazo de caducidad de 15 días al que se refiere el último párrafo del artículo 232 del Reglamento;
- (ii) En relación a la solicitud de Ampliación de Plazo N° 20, el PROGRAMA no pudo pronunciarse porque MESALA le comunicó su decisión de resolver el Contrato, operando una 'sustracción de la materia'; y que el reconocimiento y pago de los correspondientes gastos generales podría evaluarse con oportunidad de la liquidación del Contrato.

Posición del Tribunal Arbitral

1) Respecto a la Ampliación de Plazo N° 19, cabe reiterar que – tal como se expuso en el numeral 1) de la Posición del Tribunal Arbitral de la sección anterior – el reclamo presentado por MESALA se encuentra dentro del plazo de caducidad establecido por el artículo 53 de la Ley.

Se observa por otro lado que el PROGRAMA sí emitió un pronunciamiento respecto a esta solicitud a través de la Resolución Directoral N° 005-2009/VIVIENDA/VMCS/PAPT/DE, a través de la cual se declaró improcedente esta solicitud de ampliación de plazo, con lo cual el reclamo – tal como fue planteado por MESALA - carece de sustento.

No habiendo cuestionado los fundamentos de la decisión en cuestión, no corresponde a este Tribunal pronunciarse respecto al contenido de la referida resolución directoral.

2) Respecto a la Ampliación de Plazo N° 20, no resulta congruente que el PROGRAMA afirme que carecía de objeto pronunciarse respecto a esta solicitud de ampliación de plazo cuando para él el Contrato debía suponerse aún vigente. Efectivamente, el PROGRAMA ha afirmado en este proceso que el Contrato recién se resolvió con su Carta N° 085-2009/VIVIENDA/VMCS/PAPT-DE presentada el 2 de abril de 2009; pero, contradictoriamente dice que ya no tenía sentido pronunciarse respecto a una solicitud que se habría presentado el 23 de enero de 2009 – según afirmación de MESALA que no ha controvertido el PROGRAMA -.

En este contexto es claro que el PROGRAMA ha incumplido su obligación de emitir un pronunciamiento respecto de la solicitud de Ampliación de Plazo N° 20, siendo de aplicación el segundo párrafo *in fine* del artículo 259 del Reglamento. De ahí que en el presente caso, deba considerarse ampliado el plazo en los 45 días calendario solicitados.

Siendo que era obligación del PROGRAMA emitir un pronunciamiento y en él precisar si por encontrarnos en este caso en concreto – desde su punto de vista – ante un caso de paralización de la obra por causas no atribuibles al contratista y que, por tanto - en aplicación del segundo párrafo del artículo 260 del Reglamento -, era necesario la acreditación de los gastos generales solicitados – siendo, por lo demás, carga del PROGRAMA sustentar que esta acreditación correspondía –; pero no lo hizo; corresponde reconocer la integridad del monto que por este concepto solicitó MESALA.

El soporte ideal para su arbitraje

Proceso arbitral seguido entre el Programa Agua Para Todos y la empresa Contratistas Asociados Mesala S.A.C.

Las ampliaciones de plazo concedidas suman el total de días calendario que se detalla a continuación:

| Ampliación de Plazo | Días calendario reconocidos |
|----------------------------|------------------------------------|
| Nº 16 | 106 |
| Nº 17 | 53 |
| Nº 18 | 38 |
| Nº 20 | 45 |
| TOTAL | 242 |

DETERMINAR, SI CORRESPONDE ORDENAR AL PROGRAMA AGUA PARA TODOS DEL MINISTERIO DE VIVIENDA, CONSTRUCCIÓN Y SANEAMIENTO PAGUE A FAVOR DE LA EMPRESA CONTRATISTAS ASOCIADOS MESALA S.A.C. LA FACTURA DE VALORIZACIÓN Nº 04 DEL ADICIONAL Nº 16 PRESENTADA MEDIANTE CARTA GG Nº 017-09-0/CAM DE FECHA 29.01.09, POR LA SUMA DE S/.127,136.32 (CIENTO VEINTISIETE MIL CIENTO TREINTA Y SEIS Y 32/100 NUEVOS SOLES), AL AMPARO DEL ARTÍCULO 255º DEL D.S. Nº 084-2004-PCM, REGLAMENTO DE LA LEY DE CONTRATACIONES Y ADQUISICIONES DEL ESTADO, MÁS LOS INTERESES QUE SE GENEREN HASTA LA FECHA DE PAGO (PUNTO CONTROVERTIDO Nº 11)

DETERMINAR, SI CORRESPONDE ORDENAR AL PROGRAMA AGUA PARA TODOS DEL MINISTERIO DE VIVIENDA, CONSTRUCCIÓN Y SANEAMIENTO PAGUE A FAVOR DE LA EMPRESA CONTRATISTAS ASOCIADOS MESALA S.A.C. LA FACTURA DE VALORIZACIÓN Nº 02 DEL ADICIONAL Nº 15 PRESENTADA MEDIANTE CARTA GG Nº 016-09-0/CAM DE FECHA 29.01.09, POR LA SUMA DE S/.82,029.21 (OCHENTA Y DOS MIL VEINTINUEVE Y 21/100 NUEVOS SOLES), AL AMPARO DEL ARTÍCULO 255º DEL D.S. Nº 084-2004-PCM, REGLAMENTO DE LA LEY DE CONTRATACIONES Y ADQUISICIONES DEL ESTADO, MÁS LOS INTERESES QUE SE GENEREN HASTA LA FECHA DE PAGO (PUNTO CONTROVERTIDO Nº 12)

DETERMINAR, SI CORRESPONDE ORDENAR AL PROGRAMA AGUA PARA TODOS DEL MINISTERIO DE VIVIENDA, CONSTRUCCIÓN Y SANEAMIENTO PAGUE A FAVOR DE LA EMPRESA CONTRATISTAS ASOCIADOS MESALA S.A.C. LA FACTURA DE VALORIZACIÓN Nº 03 DEL ADICIONAL Nº 18 PRESENTADA MEDIANTE CARTA GG Nº 018-09-0/CAM DE FECHA 29.01.09, POR LA SUMA DE S/.13,462.85 (TRECE MIL CUATROCIENTOS SESENTA Y DOS Y 85/100 NUEVOS SOLES), AL AMPARO DEL ARTÍCULO 255º DEL D.S. Nº 084-2004-PCM, REGLAMENTO DE LA LEY DE CONTRATACIONES Y ADQUISICIONES DEL ESTADO, MÁS LOS INTERESES QUE SE GENEREN HASTA LA FECHA DE PAGO (PUNTO CONTROVERTIDO Nº 13)

(El Tribunal considera pertinente analizar conjuntamente estos puntos controvertidos, debido a su conexidad lógica.)

Posición de MESALA

Al respecto ha señalado MESALA que:

- (i) Las Valorizaciones Nº 4 del Presupuesto Adicional Nº 16; Nº 2 del Presupuesto Adicional Nº 15; y Nº 3 del Presupuesto Adicional Nº 18 fueron presentadas al PROGRAMA el 17 de noviembre de 2008 y habrían estado avaladas por el Inspector de Obra;
- (ii) Las valorizaciones en cuestión le fueron devueltas a través del Oficio Nº 701-2009-VIVIENDA/VMCS/PAPT-DE - que le fuera remitido el 25 de febrero de 2009 - por presentar incoherencias en los metrados; y

El soporte ideal para su arbitraje

Proceso arbitral seguido entre el Programa Agua Para Todos y la empresa Contratistas Asociados Mesala S.A.C.

- (iii) Las valorizaciones permanecen impagas a la fecha, correspondiendo que le sean reconocidos los intereses correspondientes.

Posición del PROGRAMA

En respuesta, el PROGRAMA sostuvo que:

- (i) No habría obligación alguna de su parte de pagar las Valorizaciones N° 4 del Presupuesto Adicional N° 16; N° 2 del Presupuesto Adicional N° 15; y N° 3 del Presupuesto Adicional N° 18 debido a que emitió un pronunciamiento respecto a ellas, devolviéndolas "por no ser correctos los metrados que se pretendía cobrar"; y
- (ii) En la liquidación se cuantificarán los metrados realmente ejecutados.

Posición del Tribunal Arbitral

1) El único documento aportado por ambas partes en relación a estos reclamos es el Oficio N° 701-2009-VIVIENDA/VMCS/PAPT-DE presentado a MESALA el 25 de febrero de 2009, cuyo contenido es el siguiente:

"AÑO DE LA UNIÓN NACIONAL FRENTE A LA CRISIS EXTERNA" S-E

Lima, 24 FEB. 2009

Oficio N° 701-2009-VIVIENDA/VMCS/PAPT-DE

Señores
CONTRATISTAS ASOCIADOS MESALA S. A. C.
Av. Arenales N° 2621 Lince - Lima

Presente.-

Asunto : Devolución de Expedientes de Valorizaciones de la Obra "Saneamiento de las localidades de Tate, Pueblo Nuevo y Pachacutec, provincia y departamento de Ica - Sistemas de Agua Potable, Alcantarillado y Tratamiento de Desagües"

Referencia : a) Carta 007-2009-EGC (E-2009-002359) ✓
b) Carta 010-2009-EGC (E-2009-003090) ✓
c) Carta 011-2009-EGC (E-2009-003091) ✓
d) Carta 012-2009-EGC (E-2009-003092) ✓

De mi consideración:

Por medio de la presente se devuelve las valorizaciones presentadas a nuestra Entidad correspondientes a Diciembre del 2008, mediante los documentos de la referencia, por existir incoherencia en los metrados.

Sin otro particular, quedo de ustedes.

Atentamente

Firma _____

RECEBIÓ
MESALA S.A.C.
Fecha: 9:58 Feb. 25/09

2) Es carga de la prueba del que alega un presunto incumplimiento contractual el probar que éste se ha dado y en el presente caso MESALA ha acreditado – con la aceptación expresa del PROGRAMA – que las valorizaciones en cuestión no fueron pagadas.

3) Por su parte, es carga de la parte en presunto incumplimiento el acreditar que éste no fue tal o que se incurrió en él con justa causa. En el presente caso, el PROGRAMA no ha aportado prueba alguna que demuestre que efectivamente las valorizaciones en cuestión presentaron incoherencias en los metrados, de manera que la devolución de las Valorizaciones N° 4 del Presupuesto Adicional N° 16; N° 2 del Presupuesto Adicional N° 15; y N° 3 del Presupuesto Adicional N° 18 no puede sino considerarse

El soporte ideal para su arbitraje

Proceso arbitral seguido entre el Programa Agua Para Todos y la empresa Contratistas Asociados Mesala S.A.C.

estrictamente un incumplimiento del numeral 4.2 de la Cláusula Cuarta del Contrato y del artículo 255 del Reglamento.

4) Consecuentemente, de conformidad con el numeral 8.2 de la Cláusula Octava del Contrato y de último párrafo del artículo 255 del Reglamento, corresponde reconocer a favor de MESALA los intereses legales devengados desde el primer día hábil del mes siguiente a aquel en que debió cancelarse.

En el presente caso, las valorizaciones correspondían a diciembre de 2008 con lo que debieron cancelarse durante el mes de enero de 2009 y empezaron a devengar el interés legal – fijado por el Banco Central de Reserva, de acuerdo al artículo 1244 del Código Civil – desde el 2 de febrero de 2009.

DETERMINAR, SI CORRESPONDE ORDENAR AL PROGRAMA AGUA PARA TODOS DEL MINISTERIO DE VIVIENDA, CONSTRUCCIÓN Y SANEAMIENTO PAGUE A FAVOR DE LA EMPRESA CONTRATISTAS ASOCIADOS MESALA S.A.C. LA VALORIZACIÓN DE MAYORES GASTOS GENERALES CORRESPONDIENTES A LA AMPLIACIÓN DE PLAZO N° 02, POR 10 DÍAS CALENDARIOS, APROBADA POR LA ENTIDAD, POR LA SUMA DE S/.44,144.80 (CUARENTA Y CUATRO MIL CIENTO CUARENTA Y CUATRO Y 80/100 NUEVOS SOLES), MÁS LOS INTERESES QUE SE GENEREN HASTA LA FECHA DE PAGO (PUNTO CONTROVERTIDO N° 14)

DETERMINAR, SI CORRESPONDE ORDENAR AL PROGRAMA AGUA PARA TODOS DEL MINISTERIO DE VIVIENDA, CONSTRUCCIÓN Y SANEAMIENTO PAGUE A FAVOR DE LA EMPRESA CONTRATISTAS ASOCIADOS MESALA S.A.C. LA VALORIZACIÓN DE MAYORES GASTOS GENERALES CORRESPONDIENTES A LA AMPLIACIÓN DE PLAZO N° 04, POR 9 DÍAS CALENDARIOS, APROBADA POR LA ENTIDAD, POR LA SUMA DE S/.39,730.32 (TREINTA Y NUEVE MIL SETECIENTOS TREINTA Y 32/100 NUEVOS SOLES), MÁS LOS INTERESES QUE SE GENEREN HASTA LA FECHA DE PAGO (PUNTO CONTROVERTIDO N° 15)

DETERMINAR, SI CORRESPONDE ORDENAR AL PROGRAMA AGUA PARA TODOS DEL MINISTERIO DE VIVIENDA, CONSTRUCCIÓN Y SANEAMIENTO PAGUE A FAVOR DE LA EMPRESA CONTRATISTAS ASOCIADOS MESALA S.A.C. LA VALORIZACIÓN DE MAYORES GASTOS GENERALES CORRESPONDIENTES A LA AMPLIACIÓN DE PLAZO N° 12, POR 120 DÍAS CALENDARIOS, APROBADA POR LA ENTIDAD, POR LA SUMA DE S/.527,948.40 (QUINIENTOS VEINTISIETE MIL NOVECIENTOS CUARENTA Y OCHO Y 40/100 NUEVOS SOLES), MÁS LOS INTERESES QUE SE GENEREN HASTA LA FECHA DE PAGO (PUNTO CONTROVERTIDO N° 16)

DETERMINAR, SI CORRESPONDE ORDENAR AL PROGRAMA AGUA PARA TODOS DEL MINISTERIO DE VIVIENDA, CONSTRUCCIÓN Y SANEAMIENTO PAGUE A FAVOR DE LA EMPRESA CONTRATISTAS ASOCIADOS MESALA S.A.C. LA VALORIZACIÓN DE MAYORES GASTOS GENERALES CORRESPONDIENTES A LA AMPLIACIÓN DE PLAZO N° 14, POR 72 DÍAS CALENDARIOS, APROBADA POR LA ENTIDAD, POR LA SUMA DE S/.320,830.56 (TRESCIENTOS VEINTE MIL OCHOCIENTOS TREINTA Y 56/100 NUEVOS SOLES), MÁS LOS INTERESES QUE SE GENEREN HASTA LA FECHA DE PAGO (PUNTO CONTROVERTIDO N° 17)

DETERMINAR, SI CORRESPONDE ORDENAR AL PROGRAMA AGUA PARA TODOS DEL MINISTERIO DE VIVIENDA, CONSTRUCCIÓN Y SANEAMIENTO PAGUE A FAVOR DE LA EMPRESA CONTRATISTAS ASOCIADOS MESALA S.A.C. LA VALORIZACIÓN DE MAYORES GASTOS GENERALES, GENERADOS POR EL ACUERDO CONCILIATORIO N° 563-2006-AFC-ODL, MEDIANTE EL CUAL SE CONCEDE UNA AMPLIACIÓN DE PLAZO POR 141 DÍAS CALENDARIOS, POR LA SUMA DE S/. 621,608.37 (SEISCIENTOS VEINTIÚN MIL SEISCIENTOS OCHO Y 37/100 NUEVOS SOLES), MÁS LOS INTERESES QUE SE GENEREN HASTA LA FECHA DE PAGO (PUNTO CONTROVERTIDO N° 18)

El soporte ideal para su arbitraje

Proceso arbitral seguido entre el Programa Agua Para Todos y la empresa Contratistas Asociados Mesala S.A.C.

DETERMINAR, SI CORRESPONDE ORDENAR AL PROGRAMA AGUA PARA TODOS DEL MINISTERIO DE VIVIENDA, CONSTRUCCIÓN Y SANEAMIENTO PAGUE A FAVOR DE LA EMPRESA CONTRATISTAS ASOCIADOS MESALA S.A.C. LA VALORIZACIÓN DE MAYORES GASTOS GENERALES, GENERADOS POR EL ACUERDO CONCILIATORIO N° 115-2008-CCLLP, MEDIANTE EL CUAL SE CONCEDE UNA AMPLIACIÓN DE PLAZO POR 120 DÍAS CALENDARIOS, POR LA SUMA DE S/. 561,474.00 (QUINIENTOS SESENTA Y UN MIL CUATROCIENTOS SETENTA Y CUATRO Y 00/100 NUEVOS SOLES), MÁS LOS INTERESES QUE SE GENEREN HASTA LA FECHA DE PAGO (PUNTO CONTROVERTIDO N° 19)

(El Tribunal considera pertinente analizar conjuntamente estos puntos controvertidos, debido a su conexidad lógica.)

Posición de MESALA

Al respecto ha señalado MESALA que:

- (i) El PROGRAMA aprobó las Ampliaciones de Plazo N° 2, N°4, N° 12, N° 14 y las correspondientes a los Acuerdos Conciliatorios N° 563-2006-AFC-ODL y N° 115-2008-CCLLP pero no reconoció a MESALA los correspondientes mayores gastos generales;
- (ii) Las renunciadas a gastos generales efectuadas en los Acuerdos Conciliatorios N° 563-2006-AFC-ODL y N° 115-2008-CCLLP no tienen validez legal alguna debido a que iría en contra de lo establecido en el artículo 260 del Reglamento y al carácter 'irrenunciable' de los gastos generales; y
- (iii) Durante la ejecución de la obra un contratista debe cautelar el patrimonio del Estado. Los gastos generales no constituyen utilidad de un contratista. Antes de que se liquide el contrato, no podría realizarse una disposición de este tipo.

Posición del PROGRAMA

En respuesta, el PROGRAMA sostuvo que:

- (i) En relación a la Valorización de Mayores Gastos Generales correspondientes a la Ampliación de Plazo N° 02, a través del Quinto Acuerdo del Acta de Conciliación N° 563-2006-AFC-ODL se habría renunciado irrevocable y definitivamente al pago de estos gastos generales, por estar vinculados a la prórroga del plazo correspondiente al reservorio;
- (ii) En relación a las Valorizaciones de Mayores Gastos Generales correspondientes a las Ampliaciones de Plazo N° 04 y N° 12, a través del Quinto Acuerdo del Acta de Conciliación N° 563-2006-AFC-ODL se habría renunciado irrevocable y definitivamente al pago de estos gastos generales, por estar involucrados a las prórrogas de plazo ocasionadas por los hallazgos y rescate de restos arqueológicos;
- (iii) En relación a la Valorización de Mayores Gastos Generales correspondientes a la Ampliación de Plazo N° 14, a través del Tercer Acuerdo del Acta de Conciliación N° 115-2008-CCLLP se habría acordado la inexistencia de gastos generales como consecuencias de la Ampliación de Plazo N° 14, entre otras;
- (iv) En relación a la Valorización de Mayores Gastos Generales generados por el Acuerdo Conciliatorio N° 563-2006-AFC-ODL, en esta acta de conciliación no se habría aprobado una ampliación de plazo de 141 calendario; y

El soporte ideal para su arbitraje

Proceso arbitral seguido entre el Programa Agua Para Todos y la empresa Contratistas Asociados Mesala S.A.C.

- (v) En relación a la Valorización de Mayores Gastos Generales generados por el Acuerdo Conciliatorio N° 115-2008-CCLLP, los 120 días calendario de ampliación concedidos contaría con sus propios gastos generales, debiendo precisarse que el numeral 2 de la Adenda N° 1 estableció la inexistencia de mayores gastos generales y penalidades desde el 29 de mayo de 2008 al 24 de enero de 2009.

Posición del Tribunal Arbitral

1) Resulta pertinente comenzar precisando el alcance de la renuncia de gastos generales presuntamente efectuada en los Acuerdos Conciliatorios N° 563-2006-AFC-ODL y N° 115-2008-CCLLP.

2) El Quinto Acuerdo del Acta de Conciliación N° 563-2006-AFC-ODL señala expresamente lo siguiente:

5.- La empresa CONTRATISTAS ASOCIADOS MESALA S. A. C. renuncia irrevocable y definitivamente al pago de importe alguno por concepto de Gastos Generales como consecuencia de las Ampliaciones de Plazo otorgadas por la Entidad en virtud de las causales referidas en los puntos 2 y 3 del presente Acta de Acuerdo, así como a aquellas originadas por las causales de hallazgos y rescate, configuradas actual o posteriormente, de restos arqueológicos en cualesquiera de las zonas de todos los Distritos comprendidos en la ejecución de la Obra, así como cualquier causal, configurada actual o posteriormente, referida al reservorio.

Más allá de las referencias hechas a los puntos 2 y 3 del acta⁷, el acuerdo citado es claro al precisar que las ampliaciones de plazo configuradas para la fecha en que se suscribió el Acta de Conciliación N° 563-2006-AFC-ODL (23 de noviembre de 2006) como las que se configuraran con posterioridad no supondrían el reconocimiento de gastos generales si se originaban "por las causales de hallazgos y rescate [...] de restos arqueológicos en cualesquiera de las zonas de todos los Distritos comprendidos en la ejecución de la Obra, así como cualquier causal [...] referida al reservorio".

3) El Tercer Acuerdo del Acta de Conciliación N° 115-2008-CCLLP señala expresamente lo siguiente:

3.) Inexistencia de Gastos Generales y penalidades como consecuencia del acto de Resolución al Contrato (Carta N° 321-2007/VIVIENDA/VMCS/PAPT/DE), así la inexistencia de las Ampliaciones de Plazo N°s 14 y 15, hasta la fecha efectiva de reinicio de ejecución de obra, salvo los costos de renovación de Cartas Fianzas debidamente justificadas.

⁷ El punto 2 aludido señala lo siguiente:

"La Dirección Nacional de Vivienda del Ministerio de Vivienda Construcción y Saneamiento considera que la presencia de restos arqueológicos han [sic] retrasado al contratista el [sic] contractual en lo relacionado a los trabajos de las redes y conexiones domiciliarias de agua potable y alcantarillado en el sector de Pueblo Nuevo; lo cual ha conllevado a que los trabajos se realicen a un ritmo diferente al normal por lo que es necesario ampliar el plazo de ejecución de obra hasta el TREINTA DE ENERO DEL DOS MIL SIETE (30/01/2007), de manera que a dicha fecha se culminen definitivamente los trabajos".

Por su parte, el punto 3 aludido señala lo siguiente:

"Se acordó la prórroga del plazo para el término de los trabajos del sub presupuesto del Reservorio Elevado hasta el pasado VEINTE DE NOVIEMBRE DEL DOS MIL SEIS (20/11/2006)".

EL SOPORTE IDEAL PARA SU ARBITRAJE

Proceso arbitral seguido entre el Programa Agua Para Todos y la empresa Contratistas Asociados Mesala S.A.C.

Si bien no se han aportado la Carta N° 321-2007/VIVIENDA/VMCS/PAPT/DE con lo que no es posible para este Tribunal determinar plenamente los gastos generales y penalidades surgidos como consecuencia de este acto de resolución, sí es claro que - por acuerdo expreso de ambas partes - aquellos gastos generales que podrían haber surgido de las Ampliaciones de Plazo N° 14 y N° 15 no existen.

4) Finalmente, en el numeral 2 de la Cláusula Segunda de la Adenda N° 2 al Contrato, suscrita el 25 de septiembre de 2008, se pactó expresamente lo siguiente:

CLÁUSULA SEGUNDA: ACUERDOS

1. **EL CONTRATISTA** se compromete a culminar la ejecución de la Obra el 24 de enero del año 2009 conforme al nuevo Calendario Valorizado de Saldo de Obra y Diagrama Gantt que en Anexos 01 y 02 forman parte integrante de la presente Adenda, instrumentos que contienen el Saldo de Obra y los Presupuestos Adicionales pendientes de ejecutar.

Asimismo, **EL CONTRATISTA** deja constancia que a la suscripción de la presente Adenda, no existe ninguna causal que impida la culminación de la Obra en la fecha prevista en el párrafo que antecede.
2. **EL CONTRATISTA** y **EL PAPT** acuerdan la inexistencia de mayores gastos generales y penalidades desde el 29 de mayo de 2008 (fecha de reinicio de la Obra) hasta el 24 de enero del año 2009.
3. **EL CONTRATISTA** se compromete a cumplir con los avances parciales programados en el nuevo Calendario Valorizado de Saldo de Obra, que forma parte del presente Adenda.

Este acuerdo está directamente relacionado con el Sexto Acuerdo del Acta de Conciliación N° 115-2008-CCLLP⁸ y con el pacto contenido en el primer párrafo del numeral 1 de la Cláusula Segunda de la Adenda N° 2 al Contrato⁹, por los que el plazo de ejecución del Contrato se amplió hasta el 24 de enero de 2009.

5) Una vez hecho lo anterior, corresponde centrar la controversia en relación a cada una de las pretensiones de pago formulada por MESALA:

a) Valorización de Mayores Gastos Generales correspondientes a la Ampliación de Plazo N° 2.- En vista de que luego de que el PROGRAMA afirmó que los gastos generales correspondientes a esta ampliación de plazo eran alcanzados por la renuncia efectuada en el Quinto Acuerdo del Acta de Conciliación N° 563-2006-AFC-ODL, MESALA tan sólo afirmó el carácter indisponible de los gastos generales y la correspondiente invalidez de su renuncia, este Tribunal considera que no existe controversia respecto a que el PROGRAMA renunció a los gastos generales correspondientes a la Ampliación de Plazo N° 2 a través del Quinto Acuerdo del Acta

⁸ El Sexto Acuerdo del Acta de Conciliación N° 115-2008-CCLLP señala expresamente:

"LA ENTIDAD otorgará una ampliación de plazo de ciento veinte (120) días calendario, contados a partir del reinicio de obra, plazo dentro del cual el Contratista se obliga a culminar la ejecución del saldo de obra primigenio, los adicionales de obra inconclusos y los adicionales de obra mencionados en la presente conciliación".

⁹ El primer párrafo del numeral 1 de la Cláusula Segunda de la Adenda N° 2 al Contrato señala expresamente lo siguiente:

"EL CONTRATISTA se compromete a culminar la ejecución de la Obra el 24 de enero del año 2009 conforme al nuevo Calendario Valorizado de Saldo de Obra y Diagrama Gantt que en Anexos 01 y 02 forman parte integrante de la presente Adenda, instrumentos que contienen el Saldo de Obra y de los Presupuestos Adicionales pendientes de ejecutar".

El soporte ideal para su arbitraje

Proceso arbitral seguido entre el Programa Agua Para Todos y la empresa Contratistas Asociados Mesala S.A.C.

de Conciliación N° 563-2006-AFC-ODL, quedando por determinar si los gastos generales son indisponibles *a priori*.

b) Valorizaciones de Mayores Gastos Generales correspondiente a la Ampliación de Plazo N° 4.- Este Tribunal considera que está probado que MESALA renunció a los gastos generales relativos a la Ampliación de Plazo N° 4 a través del Quinto Acuerdo del Acta de Conciliación N° 563-2006-AFC-ODL debido a que en esta acta ambas partes reconocen expresamente que la ampliación de plazo en cuestión fue solicitada en relación al hallazgo y rescate de restos arqueológicos y el retraso que estos producían en la implementación de redes y conexiones domiciliarias en las zonas comprendidas por la Obra. En este sentido, al corresponder este caso a uno de los dos supuestos de hecho en que la renuncia irrevocable y definitiva que expresa el Quinto Acuerdo del Acta de Conciliación N° 563-2006-AFC-ODL es aplicable, la renuncia debe considerarse efectuada, quedando por determinar si los gastos generales son indisponibles *a priori*.

c) Valorización de Mayores Gastos Generales correspondiente a la Ampliación de Plazo N° 12.- En vista de que luego de que el PROGRAMA afirmó que los gastos generales correspondientes a esta ampliación de plazo eran alcanzados por la renuncia efectuada en el Quinto Acuerdo del Acta de Conciliación N° 563-2006-AFC-ODL, MESALA tan sólo afirmó el carácter indisponible de los gastos generales y la correspondiente invalidez de su renuncia, este Tribunal considera que no existe controversia respecto a que el PROGRAMA renunció a los gastos generales correspondientes a la Ampliación de Plazo N° 12 a través del Quinto Acuerdo del Acta de Conciliación N° 563-2006-AFC-ODL, quedando por determinar si los gastos generales son indisponibles *a priori*.

d) Valorización de Mayores Gastos Generales correspondientes a la Ampliación de Plazo N° 14.- Este Tribunal considera que está probado que a través del Tercer Acuerdo del Acta de Conciliación N° 115-2008-CCLLP se acordó expresamente la inexistencia de la Ampliación de Plazo N° 14 y, por tanto, la de los correspondientes gastos generales; quedando por determinar si los gastos generales son indisponibles *a priori*.

e) Valorización de Mayores Gastos Generales generados por el Acuerdo Conciliatorio N° 563-2006-AFC-ODL.- Del texto del Acta de Conciliación N° 563-2006-AFC-ODL se tiene que las únicas ampliaciones de plazo que se concedieron a través de ella fueron las consignadas en los Acuerdos Segundo y Tercero. En la medida que respecto a los gastos generales relativos a las ampliaciones de plazo otorgadas por el PROGRAMA en estos acuerdos se hace una renuncia expresa en el Quinto Acuerdo, este Tribunal considera que sólo queda por determinar si los gastos generales son indisponibles *a priori*.

f) Valorización de Mayores Gastos Generales generados por el Acuerdo Conciliatorio N° 115-2008-CCLLP.- Tal como se refirió en el numeral 4 de esta sección, el plazo contractual fue ampliado en 120 días calendario por el Acta de Conciliación N° 115-2008-CCLLP y esta ampliación fue luego extendida por la Adenda N° 2 al Contrato. Fue precisamente ésta última, en el numeral 2 de su Cláusula Segunda, la que recogió el acuerdo de ambas partes en el sentido que a la ampliación de plazo total (correspondiente a lo acordado en el acta de conciliación y en la adenda, complementariamente) no correspondería el reconocimiento de gastos generales; quedando por determinar si los gastos generales son indisponibles *a priori*.

6) Como se sabe, la Constitución Política del Perú de 1993 reconoce el literal (a) del inciso 24 de su artículo 2 que nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe.

El soporte ideal PARA SU ARBITRAJE

Proceso arbitral seguido entre el Programa Agua Para Todos y la empresa Contratistas Asociados Mesala S.A.C.

Así, en la medida que el artículo 260 del Reglamento no contiene una prohibición expresa a los contratistas respecto a la disposición de los gastos generales cuyo reconocimiento prevé, es de ver que el derecho subjetivo de índole patrimonial que este artículo reconoce a favor de los contratistas es plenamente disponible y que, consecuentemente, los contratos que tengan por objeto esta disposición resulten plenamente válidos, de conformidad al artículo 1403 del Código Civil. De ahí que carezca de fundamento la afirmación según la cual una renuncia a gastos generales o la declaración de su inexistencia, operada a través de un acuerdo conciliatorio, sería a priori inválida.

En el sentido de lo afirmado se debe concluir que en vista de que respecto a todos los montos demandados operó una renuncia de parte de MESALA o una declaración conjunta de inexistencia de gastos generales, no corresponde reconocer monto alguno por concepto de mayores gastos generales relativos a Ampliaciones de Plazo N° 2, N° 4, N° 12, N° 14 y a los Acuerdos Conciliatorios N° 563-2006-AFC-ODL y N° 115-2008-CCLLP.

DETERMINAR, SI CORRESPONDE ORDENAR AL PROGRAMA AGUA PARA TODOS DEL MINISTERIO DE VIVIENDA, CONSTRUCCIÓN Y SANEAMIENTO POR LOS DAÑOS Y PERJUICIOS QUE SE ORIGINAN EN EL MAYOR COSTO DE RENOVACIÓN DE LA CARTA FIANZA DE FIEL CUMPLIMIENTO DE OBRA, AL HABERSE EXCEDIDO LOS PLAZOS CONTRACTUALES, LA MISMA QUE NO SE PUEDE RECUPERAR POR LA DESIDIA DE LA ENTIDAD CONTRATANTE, POR LA DEMORA INNECESARIA A LA SOLUCIÓN DE LAS PRESENTES CONTROVERSIAS COMO EL PERJUICIO CAUSADO POR GASTOS DE PAGO A EMPRESAS ASESORAS PARA EL PROCESO ARBITRAL; GASTOS POR PAGOS AL PERSONAL ADMINISTRATIVO Y TÉCNICO, AL HABERSE EXCEDIDO LOS PLAZOS CONTRACTUALES, TAL COMO LO ESTIPULA LOS ARTÍCULOS 1969° Y 1985° DEL CÓDIGO CIVIL, ASÍ COMO LAS UTILIDADES DEJADAS DE PERCIBIR POR TENER COMPROMETIDAS LAS GARANTÍAS NO PERMITIENDO LA PARTICIPACIÓN DE MI REPRESENTADA EN DIVERSOS PROCESOS DE SELECCIÓN (PUNTO CONTROVERTIDO N° 22)

Posición de MESALA

Al respecto ha señalado MESALA que:

- (i) La ámbito de la responsabilidad civil bajo la que se plantea esta pretensión es el contractual pues – según lo afirmó en su Escrito N° 8 – “el daño se ha generado por el incumplimiento de las obligaciones por parte de la Entidad”;
- (ii) El daño que se le habría causado – según lo afirmado en su Escrito N° 8 - “es el hecho que no se ha cumplido en la fecha con los pagos que se nos debía efectuar, por lo que ello irrogó que aplazáramos los compromisos con nuestro proveedores, empleados, y obreros, hecho que hizo recurrir a préstamos [...]”; y porque “de los compromisos que tenía, se han visto ampliados a fin de cubrir los compromisos que teníamos en un primer momento [...]”; y
- (iii) El daño en cuestión sería acreditación con documentación que se presentará en vía de ejecución de laudo.

Posición del PROGRAMA

En respuesta, el PROGRAMA sostuvo que “conforme lo dispone el artículo 227 primer párrafo del Reglamento citado, cuando la Entidad es la perjudicada como en el caso de autos, los mismo [sic] serán pagados por el Contratista”.

Posición del Tribunal Arbitral

El soporte ideal PARA SU ARBITRAJE

Proceso arbitral seguido entre el Programa Agua Para Todos y la empresa Contratistas Asociados Mesala S.A.C.

1) Entre los diversos elementos de la responsabilidad civil contractual se encuentra la existencia del daño. Al respecto, el artículo 1331 del Código Civil establece que la prueba de los daños y perjuicios y de su cuantía corresponde al perjudicado con la inejecución de la obligación.

2) A lo largo de este proceso MESALA únicamente ha aportado dos cuadros de flujo de caja para acreditar el monto demandado en este extremo, resultando esta documentación - que, en los hechos constituyen una mera afirmación de parte al no contar con el sustento documental correspondiente - insuficiente para motivar la concesión de una indemnización por lo daños y perjuicios alegados.

En este sentido, corresponde denegar la indemnización demandada por MESALA.

DETERMINAR, SI CORRESPONDE ORDENAR A ALGUNA DE LAS PARTES EL PAGO DE COSTAS Y COSTOS DEL PROCESO ARBITRAL (PUNTO CONTROVERTIDO N° 5)

Posición de MESALA

Al respecto ha señalado MESALA en su Escrito N° 8 que *"la Entidad Contratante con su accionar al no haber procedido a aprobar las pretensiones en controversia, las mismas que se encuentra [sic] amparadas en derecho, nos llevó a realizar e iniciar el presente proceso arbitral; [...] solicitamos que la Entidad asuma el pago de las costas y costos, Honorarios del Tribunal, intereses y gastos correspondientes al Proceso Arbitral [...]"*.

Posición del PROGRAMA

Únicamente se ha limitado a demandar el pago de estos conceptos por parte de MESALA.

Posición del Tribunal Arbitral

La Cláusula Décima Tercera del Contrato - la cual contiene el Convenio Arbitral - no prevé distribución alguna de los costos arbitrales.

Por su parte, en el numeral 4 del Acta de Instalación de Tribunal Arbitral, las partes se sometieron a las reglas contenidas en esta acta y, en su defecto, a las contenidas en la Ley y su Reglamento y en el Decreto Legislativo No. 1071.

Precisamente en el numeral 1 del artículo 73 de este último cuerpo normativo se señala lo siguiente:

"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".

En el presente caso, el Tribunal considera que ambas partes han actuado basadas en la convicción de que sus posiciones respecto de las materias en controversia, de manera que no corresponde condenar a ninguna de ellas al pago exclusivo de los costos arbitrales y, antes bien, corresponde que cada una asuma sus propios gastos y por mitades los gastos comunes, entendiéndose por tales los honorarios del Tribunal Arbitral y los honorarios de la Secretaría Arbitral.

Por las consideraciones antes expuestas, este Tribunal Arbitral **LAUDA:**

El soporte ideal para su arbitraje

Proceso arbitral seguido entre el Programa Agua Para Todos y la empresa Contratistas Asociados Mesala S.A.C.

PRIMERO: Declarar **FUNDADA** la Primera Pretensión Principal del PROGRAMA AGUA PARA TODOS DEL MINISTERIO DE VIVIENDA, CONSTRUCCIÓN Y SANEAMIENTO, de acuerdo a los fundamentos expuestos en el presente laudo.

SEGUNDO: Declarar **INFUNDADA** la Segunda Pretensión Principal del PROGRAMA AGUA PARA TODOS DEL MINISTERIO DE VIVIENDA, CONSTRUCCIÓN Y SANEAMIENTO, de acuerdo a los fundamentos expuestos en el presente laudo.

TERCERO: Declarar **INFUNDADA** la Primera Pretensión Accesoría de la Segunda Pretensión Principal del PROGRAMA AGUA PARA TODOS DEL MINISTERIO DE VIVIENDA, CONSTRUCCIÓN Y SANEAMIENTO, de acuerdo a los fundamentos expuestos en el presente laudo.

CUARTO: Declarar **INFUNDADA** la Segunda Pretensión Accesoría de la Segunda Pretensión Principal del PROGRAMA AGUA PARA TODOS DEL MINISTERIO DE VIVIENDA, CONSTRUCCIÓN Y SANEAMIENTO, de acuerdo a los fundamentos expuestos en el presente laudo.

QUINTO: Declarar **INFUNDADA** la Tercera Pretensión Accesoría de la Segunda Pretensión Principal del PROGRAMA AGUA PARA TODOS DEL MINISTERIO DE VIVIENDA, CONSTRUCCIÓN Y SANEAMIENTO, de acuerdo a los fundamentos expuestos en el presente laudo.

SEXTO: Declarar **FUNDADA** la pretensión 'A' de CONTRATISTAS ASOCIADOS MESALA SAC, de acuerdo a los fundamentos expuestos en el presente laudo.

SÉPTIMO: Declarar **FUNDADA** la pretensión 'B' de CONTRATISTAS ASOCIADOS MESALA SAC, de acuerdo a los fundamentos expuestos en el presente laudo.

OCTAVO: Declarar **FUNDADA** la pretensión 'C' de CONTRATISTAS ASOCIADOS MESALA SAC, de acuerdo a los fundamentos expuestos en el presente laudo.

NOVENO: Declarar **INFUNDADA** la pretensión 'D' de CONTRATISTAS ASOCIADOS MESALA SAC, de acuerdo a los fundamentos expuestos en el presente laudo.

DÉCIMO: Declarar **FUNDADA** la pretensión 'E' de CONTRATISTAS ASOCIADOS MESALA SAC, de acuerdo a los fundamentos expuestos en el presente laudo.

UNDÉCIMO: Declarar **FUNDADA** la pretensión 'F' de CONTRATISTAS ASOCIADOS MESALA SAC, de acuerdo a los fundamentos expuestos en el presente laudo.

DÉCIMO SEGUNDO: Declarar **FUNDADA** la pretensión 'G' de CONTRATISTAS ASOCIADOS MESALA SAC, de acuerdo a los fundamentos expuestos en el presente laudo.

DÉCIMO TERCERO: Declarar **FUNDADA** la pretensión 'H' de CONTRATISTAS ASOCIADOS MESALA SAC, de acuerdo a los fundamentos expuestos en el presente laudo.

DÉCIMO CUARTO: Declarar **INFUNDADA** la pretensión 'I' de CONTRATISTAS ASOCIADOS MESALA SAC, de acuerdo a los fundamentos expuestos en el presente laudo.

DÉCIMO QUINTO: Declarar **INFUNDADA** la pretensión 'J' de CONTRATISTAS ASOCIADOS MESALA SAC, de acuerdo a los fundamentos expuestos en el presente laudo.

DÉCIMO SEXTO: Declarar **INFUNDADA** la pretensión 'K' de CONTRATISTAS ASOCIADOS MESALA SAC, de acuerdo a los fundamentos expuestos en el presente laudo.

El soporte ideal para su arbitraje

Proceso arbitral seguido entre el Programa Agua Para Todos y la empresa Contratistas Asociados Mesala S.A.C.

DÉCIMO SÉPTIMO: Declarar **INFUNDADA** la pretensión 'L' de CONTRATISTAS ASOCIADOS MESALA SAC, de acuerdo a los fundamentos expuestos en el presente laudo.

DÉCIMO OCTAVO: Declarar **INFUNDADA** la pretensión 'LL' de CONTRATISTAS ASOCIADOS MESALA SAC, de acuerdo a los fundamentos expuestos en el presente laudo.

DÉCIMO NOVENO: Declarar **INFUNDADA** la pretensión 'M' de CONTRATISTAS ASOCIADOS MESALA SAC, de acuerdo a los fundamentos expuestos en el presente laudo.

VIGÉSIMO: Declarar **FUNDADA** la pretensión 'N' de CONTRATISTAS ASOCIADOS MESALA SAC, de acuerdo a los fundamentos expuestos en el presente laudo.

VIGÉSIMO PRIMERO: Declarar **INFUNDADA** la pretensión 'Ñ' de CONTRATISTAS ASOCIADOS MESALA SAC, de acuerdo a los fundamentos expuestos en el presente laudo.

VIGÉSIMO SEGUNDO: Declarar **INFUNDADA** la pretensión 'O' de CONTRATISTAS ASOCIADOS MESALA SAC, de acuerdo a los fundamentos expuestos en el presente laudo.

VIGÉSIMO TERCERO: Declarar **INFUNDADA** la pretensión 'P' de CONTRATISTAS ASOCIADOS MESALA SAC, de acuerdo a los fundamentos expuestos en el presente laudo.

VIGÉSIMO CUARTO: Ordenar que cada parte asuma sus propios gastos y por mitades los gastos comunes, entendiéndose por tales los honorarios del Tribunal Arbitral y los honorarios de la Secretaría Arbitral.

Notifíquese a las partes.


ALEXANDER CAMPOS MEDINA
Presidente del Tribunal Arbitral

MARIO SILVA LÓPEZ
Árbitro


OSCAR HERRERA GIURFA
Árbitro


MIGUEL ANGEL VARGAS BUENDÍA
Secretario Arbitral

El soporte ideal para su arbitraje

Proceso arbitral seguido entre el Programa Agua Para Todos y la empresa Contratistas Asociados Mesala S.A.C.

DÉCIMO SÉPTIMO: Declarar **INFUNDADA** la pretensión 'L' de CONTRATISTAS ASOCIADOS MESALA SAC, de acuerdo a los fundamentos expuestos en el presente laudo.

DÉCIMO OCTAVO: Declarar **INFUNDADA** la pretensión 'LL' de CONTRATISTAS ASOCIADOS MESALA SAC, de acuerdo a los fundamentos expuestos en el presente laudo.

DÉCIMO NOVENO: Declarar **INFUNDADA** la pretensión 'M' de CONTRATISTAS ASOCIADOS MESALA SAC, de acuerdo a los fundamentos expuestos en el presente laudo.

VIGÉSIMO: Declarar **FUNDADA** la pretensión 'N' de CONTRATISTAS ASOCIADOS MESALA SAC, de acuerdo a los fundamentos expuestos en el presente laudo.

VIGÉSIMO PRIMERO: Declarar **INFUNDADA** la pretensión 'Ñ' de CONTRATISTAS ASOCIADOS MESALA SAC, de acuerdo a los fundamentos expuestos en el presente laudo.

VIGÉSIMO SEGUNDO: Declarar **INFUNDADA** la pretensión 'O' de CONTRATISTAS ASOCIADOS MESALA SAC, de acuerdo a los fundamentos expuestos en el presente laudo.

VIGÉSIMO TERCERO: Declarar **INFUNDADA** la pretensión 'P' de CONTRATISTAS ASOCIADOS MESALA SAC, de acuerdo a los fundamentos expuestos en el presente laudo.

VIGÉSIMO CUARTO: Ordenar que cada parte asuma sus propios gastos y por mitades los gastos comunes, entendiéndose por tales los honorarios del Tribunal Arbitral y los honorarios de la Secretaría Arbitral.

Notifíquese a las partes.


ALEXANDER CAMPOS MEDINA
Presidente del Tribunal Arbitral


OSCAR HERRERA GIURFA
Arbitro


MIGUEL ANGEL VARGAS BUENDÍA
Secretario Arbitral

El soporte ideal PARA SU ARBITRAJE

VOTO SINGULAR DEL ING. MARIO M. SILVA LOPEZ DICTADO EN EL ARBITRAJE SEGUIDO POR PROGRAMA AGUA PARA TODOS DEL MINISTERIO DE VIVIENDA, CONSTRUCCIÓN Y SANEAMIENTO CONTRA LA EMPRESA CONTRATISTAS ASOCIADOS MESALA SAC, ANTE EL TRIBUNAL ARBITRAL CONFORMADO POR EL DOCTOR ALEXANDER CAMPOS MEDINA, PRESIDENTE; DOCTOR OSCAR HERRERA GIURFA, ARBITRO; Y EL INGENIERO MARIO SILVA LÓPEZ, ARBITRO.

RESOLUCIÓN N° 28
VOTO SINGULAR

Lima, 28 de diciembre de 2010

Encontrándome en desacuerdo con lo señalado en el laudo en mayoría en algunos aspectos, a continuación podrán apreciar el análisis de algunos puntos controvertidos. Sin embargo, manifiesto que estoy de acuerdo con los vistos y con el resto del análisis realizado en el laudo en mayoría.

ANALISIS DE LA PRETENSION "D" DE LA RECONVENCION (Noveno punto controvertido).

Primero: No obra en el expediente arbitral el documento que demuestre que la Resolución Directoral N° 005-2009/VIVIENDA/VMCS/PAPT/DE ha sido notificada al Contratista; y siendo que la demandada solicita la aplicación del silencio positivo para dar por aprobada la ampliación de plazo N° 19, consideramos que la notificación de este acto administrativo es un tema que debemos analizar para determinar si es aplicable el silencio positivo que regula el artículo 259 del Reglamento.

Segundo: Tenemos que el artículo 16.1 de la Ley 27444 establece:

"Artículo 16.- Eficacia del acto administrativo

16.1 El acto administrativo es eficaz a partir de que la notificación legalmente realizada produce sus efectos, conforme a lo dispuesto en el presente capítulo..."

En consecuencia, si la Resolución Directoral N°005-2009/VIVIENDA/VMCS/PAPT/DE no hubiera sido notificada al Contratista, este acto administrativo carecería de eficacia; es decir, no tendría efectos entre las partes.

Además, el artículo 18 de la Ley 27444 señala:

"Artículo 18.- Obligación de notificar

18.1 La notificación del acto será practicada de oficio y su debido diligenciamiento será competencia de la entidad que lo dictó..."

El soporte ideal para su arbitraje

Tercero: Por consiguiente, en vista que consideramos que no obra en el expediente documentación suficiente que pruebe que la Resolución Directoral impugnada ha sido notificada al Contratista, damos por no notificado este acto administrativo. En consecuencia, dicha Resolución no tiene efectos jurídicos entre el Contratista y la Entidad.

Cuarto: Por lo expuesto, se declara FUNDADA la pretensión "D" de la demanda.

ANALISIS DE LA PRETENSION "I", "J", "K", "L", "LL" Y "M" DE LA RECONVENCION (Décimo cuarto, Décimo quinto, Décimo sexto, Décimo séptimo, Décimo octavo y Décimo noveno punto controvertido).

Primero: La demandada reconvino señalando como una de sus pretensiones, que se ordene a la Entidad cancelar la valorización de mayores gastos generales correspondientes a la ampliación de plazo N° 2 por 10 días calendario, por la suma de S/. 44,144.80 nuevos soles, la valorización de mayores gastos generales correspondientes a la Ampliación de plazo N° 4 por 9 días calendario, por la suma S/. 39,730.32 nuevos soles, la valorización de mayores gastos generales correspondientes a la Ampliación de plazo N° 12 por 120 días calendario, por la suma de S/. 527,948.40 nuevos soles, la valorización de mayores gastos generales correspondientes a la ampliación de plazo N° 14 por 72 días calendario, por la suma de S/. 320,830.56 nuevos soles, y a los Acuerdos Conciliatorios N° 563-2006-AFC-ODL y N° 115-2008-CCLLP, más los intereses que se generen hasta la fecha de pago.

Segundo: Sin embargo, la Entidad sostiene, en la contestación a la reconvención, que esta pretensión es infundada porque en el Acta de Conciliación N° 563-2006-AFC-ODL del 23.11.06 se acordó la renuncia a mayores gastos generales de la ampliación de plazo N° 2, ampliación que está involucrada en la construcción del reservorio.

Tercero: Al respecto, en su escrito presentado el 14 de junio de 2010, el Contratista señala que el otorgamiento de las ampliaciones de plazo solicitadas estuvo condicionado a que renunciara al pago de mayores gastos generales, por esta razón en el Acta de Conciliación N° 563-2006 se acordó su renuncia irrevocable y definitiva. Señala, asimismo, que esta renuncia se realizó en contrario a lo establecido en el art. 260 del Reglamento LCAE siendo esta norma de obligatorio cumplimiento; y que no se puede renunciar a los mayores gastos generales.

Cuarto: En consecuencia, ambas partes han manifestado e indicado que mediante Acta de Conciliación N° 563-2006-AFC-ODL, del 23.11.06, el Contratista renunció al reconocimiento de Mayores Gastos Generales por prórrogas de plazo referidas al reservorio, esto al amparo del DS. N° 004-2005-JUS, "Reglamento de la Ley de Conciliación".

Quinto: Para resolver estos puntos controvertidos primero resolveremos las cuestiones formales para luego si es necesario, pasar al fondo de las controversias. Con el fin de resolver las cuestiones formales, se ha utilizado información que es accesible al público. Asimismo, de la revisión de los documentos que obran en el expediente, encontramos que en el Acta de Conciliación N° 563-2006-AFC-ODL, se aprecia que esta fue suscrita por el Representante Legal de CONTRATISTAS ASOCIADOS MESALA S.A.C., el señor Pablo Arturo Parra López Gerente General de dicha empresa; así como, por parte del MINISTERIO DE VIVIENDA, CONSTRUCCION Y SANEAMIENTO – CONSTRUCCION Y SANEAMIENTO, el Secretario General del Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento el Señor Víctor

El soporte ideal para su arbitraje

López Orihuela. Es el caso que al revisar la formalidad de dicha acta; así como, de las facultades con las que contaban los firmantes, se puede apreciar que de la consulta realizada en la página web de la SUNAT al RUC del Contratista, tenemos que el señor Pablo Arturo Parra López, es el gerente general de CONTRATISTAS ASOCIADOS MESALA S.A.C desde el 20.08.00.; en consecuencia, de conformidad con el artículo 188 de la LGS y el artículo 75 del CPC, contaba con las facultades de representación para la suscripción de dicha acta; sin embargo, al revisar las facultades del Señor Víctor López Orihuela se aprecia, que dicho funcionario no contaba con las facultades para suscribir dicha acta; mas aún, al revisar el "Reglamento de Organización y Funciones del Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento", aprobado por D.S. N° 002-2002-VIVIENDA, en el Artículo 14°, de dicha norma referente a la Secretaría General, encontramos que este cargo cuenta con las siguientes facultades:

"Artículo 14°.- Secretaría General

La Secretaría General es el órgano encargado de la conducción de las acciones de apoyo y asesoramiento a VIVIENDA, coordinando la marcha de las tareas técnico administrativas, supervisando las actividades de los órganos que cumplen dichas funciones y ejecutando las directivas impartidas por el Ministro. Está a cargo de un Secretario General, que es un funcionario de confianza que depende directamente del Ministro, el mismo que ejerce las siguientes funciones:

- a) Planear, organizar, coordinar y supervisar las actividades de los órganos de asesoramiento y apoyo del Ministerio;
- b) Formular, ejecutar y evaluar su Plan Operativo;
- c) Asesorar, asistir e informar al Ministro de las acciones y decisiones en los aspectos administrativos, de comunicación social, relaciones públicas y documentario y demás materias bajo el ámbito de su competencia;
- d) Dirigir y coordinar con los órganos competentes, el procesamiento de la documentación e información que requiera de conocimiento y decisión de la Alta Dirección;
- e) Coordinar la oportuna atención de la documentación destinada y proveniente del Despacho Ministerial y de los Viceministros, así como registrar, clasificar, tramitar y efectuar el seguimiento de la documentación que ingresa y egresa del Ministerio, y organizar el archivo a nivel institucional, conforme a las disposiciones legales vigentes sobre la materia;
- f) Dar fe, transcribir, autenticar, expedir, llevar la numeración, registro, distribución, custodia, y en su caso la publicación de los dispositivos legales, convenios y documentos oficiales de VIVIENDA;
- g) Efectuar el seguimiento de los proyectos de dispositivos legales en trámite, relativos al ámbito de acción del Ministerio;
- h) Planear, conducir y evaluar el desarrollo y mantenimiento de los sistemas de información gerenciaj, para mantener una permanente interrelación sectorial y facilitar los elementos necesarios para la toma de decisiones en forma oportuna;
- i) Expedir resoluciones secretariales;
- j) Someter a consideración del Ministro su plan de actividades;
- k) Coordinar y supervisar la ejecución de los recursos presupuestales;
- l) Las demás que le asigne o encargue el Ministro. "

Teniendo en cuenta el artículo indicado, podemos determinar que dicha acta no es oponible a las partes en cuanto a la renuncia de mayores gastos generales al no estar suscrita por personas que tienen la capacidad para firmar dicho documento. Hacemos hincapié en que la inoponibilidad del Acta de Conciliación N° 563-2006-AFC-ODL se refiere a la renuncia de mayores gastos generales porque este tema guarda directa

El soporte ideal para su arbitraje

relación con análisis de este punto controvertido, y no podemos extender la inoponibilidad sobre lo demás contiene el acta porque, de lo contrario nos excederíamos en nuestras facultades como Tribunal Arbitral.

Sexto: Por lo expuesto, estas pretensiones deben ser declaradas fundadas.

ANÁLISIS DE LA PRETENSION "P", DE LA RECONVENCIÓN (Vigésimo Segundo punto controvertido).

Primero: El Contratista en el escrito de contestación y reconvencción solicita esta pretensión y en el escrito N° 08 presentado el 14 de junio de 2010 manifiesta que solicita el pago de los daños y perjuicios porque los compromisos que tenía con sus proveedores y empleados se han visto aplazados ya que la Entidad no habría cumplido en la fecha con los pagos.

Segundo: Al respecto, la Entidad en la contestación a la reconvencción, afirma que debe ser declarado infundado el pedido de pago de daños y perjuicios ya que conforme al art. 227 del Reglamento, cuando la entidad es la perjudicada, los daños y perjuicios los paga el contratista.

Tercero: Tenemos que el artículo 1331 del Código Civil señala que la prueba de los daños y perjuicios y de su cuantía corresponde al perjudicado por la inexecución de la obligación, o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso. En este caso el que aduce un perjuicio es el Contratista; por lo tanto, le corresponde demostrar el daño que afirma le fue ocasionado por la Entidad. Además, en aplicación del artículo acotado el Contratista también deberá acreditar el monto o la valorización del daño que solicita.

Cuarto: De conformidad con la cláusula cuarta del contrato, la garantía de fiel cumplimiento debe mantenerse vigente hasta que quede consentida la Liquidación del Contrato, pero el presupuesto de obra solo considera el plazo original del contrato, por lo tanto, corresponde otorgar al Contratista una indemnización por el mayor costo de renovación de esta garantía pues todavía no se ha realizado la Liquidación del Contrato. Pero dado que no obra en el expediente documentación que acredite las facturas de renovación de la carta fianza de fiel cumplimiento, serán acreditadas vía ejecución del presente Laudo Arbitral.

Quinto: Con relación a la indemnización por la demora innecesaria en la solución de controversias, para que se cumpla lo establecido en el artículo 1331 del Código Civil, el Contratista tendría que demostrar que se está afectando un interés jurídico amparado por el ordenamiento jurídico; sin embargo, la demora en la solución de controversias por parte de la Entidad, no es un interés jurídico tutelable. Por consiguiente, no corresponde otorgar esta indemnización.

Sexto: Por otro lado, no obra en el expediente arbitral la documentación con la cual el Contratista demuestre que como consecuencia del no pago de la Entidad, se ha atrasado en sus compromisos con sus proveedores, empleados y obreros. En su escrito presentado 14.06.10, el Contratista solo anexa el flujo de caja de marzo de 2006 a abril de 2007 en donde indica el costo en que ha incurrido por el personal profesional, técnico y administrativo durante ese período, pero no ha demostrado su retraso en los pagos correspondientes.

Sétimo: Con respecto a las utilidades dejadas de percibir por el Contratista, por tener comprometidas las Garantías no permitiendo la participación de la demandante en diversos procesos de selección, se debe señalar que este hecho, se encuentra sometido a la condición de obtener la Buena Pro; por lo tanto, nos encontramos ante un hecho sujeto a una condición que se puede dar o no, no existiendo pues una prueba material que ampare que a su participación en determinado Proceso de Selección obtendría la Buena Pro.

Octavo: Asimismo, el Contratista tampoco ha señalado ni ha acreditado el monto o valorización del daño y solo se ha limitado a solicitar una indemnización de daños y perjuicios.

Noveno: Por consiguiente, el demandado no ha demostrado los daños y perjuicios por los que solicita la indemnización, infringiendo lo establecido en el artículo 1331 del Código Civil.

Décimo: Con relación a los gastos por el pago a empresas asesoras para el proceso arbitral, este concepto pertenece a las costas y costos de proceso, sobre lo cual nos pronunciaremos en el análisis del quinto punto controvertido.

Décimo Primero: Respecto a lo sostenido por la Entidad sobre la aplicación del artículo 227 del Reglamento para que el Contratista sea el responsable de los daños y perjuicios cuando la Entidad es la perjudicada por la resolución contractual; debemos concluir que en el artículo 267 de la norma acotada se señala que cuando la resolución sea por incumplimiento del contratista, en la liquidación se consignarán las penalidades que correspondan. Por lo tanto, siendo el artículo 267 del Reglamento una norma especial de los contratos de ejecución de obra, debe primar lo establecido en este artículo frente a lo que se señala en el artículo 227 del Reglamento que pertenece al rubro de las "Disposiciones Generales de Contratación" de la normativa de contrataciones con el Estado.

Décimo Segundo: Por lo expuesto, corresponde declarar PROCEDENTE EN PARTE el vigésimo segundo punto controvertido, solo en el extremo de las renovaciones de las Cartas Fianzas.

Por las consideraciones antes expuestas, este Arbitro **LAUDA:**

PRIMERO: Declarar **FUNDADA** la Primera Pretensión Principal del PROGRAMA AGUA PARA TODOS DEL MINISTERIO DE VIVIENDA, CONSTRUCCIÓN Y SANEAMIENTO, de acuerdo a los fundamentos expuestos en el presente laudo.

SEGUNDO: Declarar **INFUNDADA** la Segunda Pretensión Principal del PROGRAMA AGUA PARA TODOS DEL MINISTERIO DE VIVIENDA, CONSTRUCCIÓN Y SANEAMIENTO, de acuerdo a los fundamentos expuestos en el presente laudo.

TERCERO: Declarar **INFUNDADA** la Primera Pretensión Accesorio de la Segunda Pretensión Principal del PROGRAMA AGUA PARA TODOS DEL MINISTERIO DE VIVIENDA, CONSTRUCCIÓN Y SANEAMIENTO, de acuerdo a los fundamentos expuestos en el presente laudo.

El soporte ideal para su arbitraje

CUARTO: Declarar **INFUNDADA** la Segunda Pretensión Accesoría de la Segunda Pretensión Principal del PROGRAMA AGUA PARA TODOS DEL MINISTERIO DE VIVIENDA, CONSTRUCCIÓN Y SANEAMIENTO, de acuerdo a los fundamentos expuestos en el presente laudo.

QUINTO: Declarar **INFUNDADA** la Tercera Pretensión Accesoría de la Segunda Pretensión Principal del PROGRAMA AGUA PARA TODOS DEL MINISTERIO DE VIVIENDA, CONSTRUCCIÓN Y SANEAMIENTO, de acuerdo a los fundamentos expuestos en el presente laudo.

SEXTO: Declarar **FUNDADA** la pretensión 'A' de CONTRATISTAS ASOCIADOS MESALA SAC, de acuerdo a los fundamentos expuestos en el presente laudo.

SÉPTIMO: Declarar **FUNDADA** la pretensión 'B' de CONTRATISTAS ASOCIADOS MESALA SAC, de acuerdo a los fundamentos expuestos en el presente laudo.

OCTAVO: Declarar **FUNDADA** la pretensión 'C' de CONTRATISTAS ASOCIADOS MESALA SAC, de acuerdo a los fundamentos expuestos en el presente laudo.

NOVENO: Declarar **FUNDADA** la pretensión 'D' de CONTRATISTAS ASOCIADOS MESALA SAC, de acuerdo a los fundamentos expuestos en el presente laudo.

DÉCIMO: Declarar **FUNDADA** la pretensión 'E' de CONTRATISTAS ASOCIADOS MESALA SAC, de acuerdo a los fundamentos expuestos en el presente laudo.

UNDÉCIMO: Declarar **FUNDADA** la pretensión 'F' de CONTRATISTAS ASOCIADOS MESALA SAC, de acuerdo a los fundamentos expuestos en el presente laudo.

DÉCIMO SEGUNDO: Declarar **FUNDADA** la pretensión 'G' de CONTRATISTAS ASOCIADOS MESALA SAC, de acuerdo a los fundamentos expuestos en el presente laudo.

DÉCIMO TERCERO: Declarar **FUNDADA** la pretensión 'H' de CONTRATISTAS ASOCIADOS MESALA SAC, de acuerdo a los fundamentos expuestos en el presente laudo.

DÉCIMO CUARTO: Declarar **FUNDADA** la pretensión 'I' de CONTRATISTAS ASOCIADOS MESALA SAC, de acuerdo a los fundamentos expuestos en el presente laudo.

DÉCIMO QUINTO: Declarar **FUNDADA** la pretensión 'J' de CONTRATISTAS ASOCIADOS MESALA SAC, de acuerdo a los fundamentos expuestos en el presente laudo.

DÉCIMO SEXTO: Declarar **FUNDADA** la pretensión 'K' de CONTRATISTAS ASOCIADOS MESALA SAC, de acuerdo a los fundamentos expuestos en el presente laudo.

DÉCIMO SÉPTIMO: Declarar **FUNDADA** la pretensión 'L' de CONTRATISTAS ASOCIADOS MESALA SAC, de acuerdo a los fundamentos expuestos en el presente laudo.

DÉCIMO OCTAVO: Declarar **FUNDADA** la pretensión 'LL' de CONTRATISTAS ASOCIADOS MESALA SAC, de acuerdo a los fundamentos expuestos en el presente laudo.

DÉCIMO NOVENO: Declarar **FUNDADA** la pretensión 'M' de CONTRATISTAS ASOCIADOS MESALA SAC, de acuerdo a los fundamentos expuestos en el presente laudo.

El soporte ideal para su arbitraje

VIGÉSIMO: Declarar **FUNDADA** la pretensión 'N' de CONTRATISTAS ASOCIADOS MESALA SAC, de acuerdo a los fundamentos expuestos en el presente laudo.

VIGÉSIMO PRIMERO: Declarar **INFUNDADA** la pretensión 'Ñ' de CONTRATISTAS ASOCIADOS MESALA SAC, de acuerdo a los fundamentos expuestos en el presente laudo.

VIGÉSIMO SEGUNDO: Declarar **INFUNDADA** la pretensión 'O' de CONTRATISTAS ASOCIADOS MESALA SAC, de acuerdo a los fundamentos expuestos en el presente laudo.

VIGÉSIMO TERCERO: Declarar **PROCEDENTE en parte** la pretensión 'P' de CONTRATISTAS ASOCIADOS MESALA SAC, de acuerdo a los fundamentos expuestos en el presente laudo.

VIGÉSIMO CUARTO: Ordenar que cada parte asuma sus propios gastos y por mitades los gastos comunes, entendiéndose por tales los honorarios del Tribunal Arbitral y los honorarios de la Secretaría Arbitral.

VIGÉSIMO QUINTO: Remítase al Organismo Superior de las Contrataciones del Estado OSCE, copia del presente laudo arbitral.

Notifíquese a las partes.



ING. MARIO M. SILVA LÓPEZ

Arbitro



MIGUEL ÁNGEL VARGAS BUENDÍA

Secretario Arbitral

El soporte ideal para su arbitraje

7