

LAUDO ARBITRAL DE DERECHO

Caso Arbitral: Agua y Agro Asesores Asociados S.A.C. contra la Autoridad Nacional del Agua - ANA

Contrato del Estudio de Confrontación de Oferta y Demanda de la Cuenca del Río Apurímac al Río Salado N° 0135-2009-ANA.OA-ULCP

Lima, 28 de agosto de 2012

DEMANDANTE:

Agua y Agro Asesores Asociados S.A.C. ("Agua y Agro", "el Contratista" o "el Demandante")

DEMANDADO:

Autoridad Nacional del Agua - ANA ("la ANA", "la Entidad" o "el Demandado")

ÁRBITRO ÚNICO:

GERSON GLEISER BOIKO

SECRETARIO AD HOC:

LUIS PUGLIANINI GUERRA

SEDE DEL ARBITRAJE E IDIOMA:

Arias Aragüez N° 250, distrito de Miraflores, provincia y departamento de Lima.

 El idioma aplicable es el castellano.

I. ANTECEDENTES:

La Instalación del Árbitro Único:

Con fecha 2 de febrero de 2012, se procedió a la Instalación del Árbitro Único, diligencia en la cual se fijaron las reglas del arbitraje. El acta correspondiente fue debidamente notificada a ambas partes en la referida diligencia.

Al respecto, se deja constancia que ninguna de las partes ha impugnado o reclamado contra el contenido del Acta de Instalación, dando su conformidad tácita al cumplir con las disposiciones contenidas en ésta.

En dicha audiencia, el Árbitro Único declaró que ha sido debidamente designado de conformidad con el convenio arbitral celebrado entre las partes, dejando constancia que no estaba sujeto a incompatibilidad alguna ni a hechos o circunstancias que le obligara a inhibirse, al no haber mantenido ni mantener relación alguna con las partes y con sus respectivos abogados.

II. EL PROCESO ARBITRAL:

LA DEMANDA

Con fecha 14 de febrero de 2012, Agua y Agro presentó su escrito de demanda, la misma que fue admitida a trámite mediante Resolución N° 1 de fecha 15 de febrero de 2012.

El Petitorio

En el mencionado escrito, Agua y Agro señaló como sus pretensiones las siguientes:

1. Como primera pretensión: Que se establezca la responsabilidad de la ANA por el incumplimiento injustificado de su obligación de cancelar la prestación en el plazo establecido contractualmente.
2. Como segunda pretensión: Que se ordene el pago de la prestación a cargo de Agua y Agro que se encuentra insoluto a la fecha por la suma de S/. 120,176.76 (Ciento veinte mil ciento setenta y seis y 76/100 Nuevos Soles).
3. Como tercera pretensión: Que se ordene el pago de los intereses legales que corresponden a la deuda insoluta que a la fecha de la solicitud de arbitraje, 10 de agosto de 2011, asciende a S/. 52,895.48 (Cincuenta y dos mil ochocientos noventa y cinco y 48/100 Nuevos Soles), debiéndose liquidar el importe de los intereses hasta la fecha de pago de la deuda principal.
4. Como cuarta pretensión: Que se ordene el pago de la suma de S/. 700,000.00 (Setecientos mil y 00/100 Nuevos Soles), por concepto de indemnización por daños y perjuicios causados por la falta de pago de la prestación de Agua y Agro.
5. Como quinta pretensión: Que se ordene a la ANA el pago de los costos y costas del presente arbitraje.

Fundamentos de Hecho y de Derecho

Agua y Agro expresó lo siguiente:

- D 2
- a. Que, en relación a la primera pretensión, con fecha 7 de octubre de 2009, Agua y Agro suscribió con la ANA el Contrato del Estudio de

Confrontación de Oferta y Demanda de la Cuenca del Río Apurímac al Río Salado N° 0135-2009-ANA.OA-ULCP (en adelante, el Contrato);

- b. Que, en la cláusula tercera y quinta del Contrato se estableció que el monto total del servicio contratado sería por la suma de S/. 349,591.77, a ser pagada en el plazo de diez (10) días hábiles desde la conformidad del servicio, conforme a lo establecido en el artículo 176º del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado mediante D.S. N° 184-2008-EF (en adelante, el Reglamento);
- c. Que, Agua y Agro cumplió cabalmente la prestación a su cargo, incluyendo la absolución de todas las observaciones realizadas, mereciendo su conformidad y la conclusión de la labor;
- d. Que, sin embargo, a la fecha la ANA no ha cumplido con cancelar la prestación ejecutada, pese a haber sido requerida notarialmente;
- e. Que, en relación a la segunda pretensión, resulta evidente que se ha producido de la obligación de pago de la ANA respecto de lo establecido en el Contrato, lo cual no requiere de mayor explicación por cuanto Agua y Agro cumplió con sus prestación dentro de los términos y plazos contratados;
- f. Que, en relación a la tercera pretensión, de conformidad con el artículo 1242º del Código civil, la referida falta de pago genera el reconocimiento y pago del interés moratorio, cuya liquidación final será opuesta a la fecha de pago íntegro de la obligación principal;
- g. Que, en relación a la cuarta pretensión, debido al incumplimiento de la ANA, y cumpliendo las disposiciones del artículo 169º del Reglamento, Agua y Agro resolvió el Contrato, quedando

posteriormente ésta consentida, por lo que corresponde aplicar lo establecido en el artículo 170º de citado Reglamento;

- h. Que, el excesivo tiempo transcurrido del incumplimiento en el pago por la ANA, ocasiona a Agua y Agro no solo daño económico sino también daño moral por las constantes gestiones realizadas, lo que ocasionó un estado de preocupación y depresión moral y anímica que influyó en el rendimiento de su labor, así como se ha requerido contraer un endeudamiento para resolver los reclamos de su personal, proveedores e impuestos;
- i. Que, en relación a la quinta pretensión, el Demandante ha tenido que asumir todos los costos de las gestiones y requerimientos al Demandado, quien debe asumir la totalidad de las costas y costos del arbitraje y aquellos asumidos previamente a acudir a la vía arbitral.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Mediante Resolución N° 1 de fecha 15 de febrero de 2012, se resolvió admitir a trámite el escrito de demanda presentado por Agua y Agro y se dispuso su traslado a la ANA a fin de que la conteste, para lo cual se le otorgó un plazo de diez (10) días hábiles.

El Demandado presentó su escrito de contestación de demanda el 1 de marzo de 2012, complementando el mismo el 16 de marzo de 2012. La contestación de demanda fue admitida a trámite mediante Resolución N° 5 de fecha 20 de marzo de 2012.

Fundamentos de Hecho y Derecho

 La ANA expresó lo siguiente:

a. Que, con fecha 13 de mayo de 2009, los Gobiernos Regionales de Cusco y Arequipa y la ANA suscribieron el convenio denominado "Convenio por encargo entre el Gobierno Regional de Arequipa, el Gobierno Regional del Cusco y la Autoridad Nacional del Agua". Este convenio, con las modificaciones efectuadas con Adendas I y II, estableció, entre otros, los siguientes aspectos:

1. Objeto del Convenio: Establecer los mecanismos de coordinación y colaboración entre las partes para la elaboración de los siguientes estudios:

- "Confrontación de Oferta y Demanda de la Cuenca del Apurímac al Río Salado" que definirá las disponibilidades hídricas para atender las demandas en el marco de la implementación del Proyecto Majes Siguan - Segunda Etapa.
- "Estudio de Impacto Ambiental de la Represa Angostura y la Gestión Ambiental a Nivel Definitivo" que tendrá por finalidad identificar, evaluar y proponer medidas de mitigación a los impactos ambientales que el proyecto genere en sus diferentes fases
- Los Gobiernos Regionales, se comprometen a financiar en partes iguales los costos de los estudios.

2. Costo y Financiamiento:

El costo del Estudio de Confrontación de Oferta y Demanda de la Cuenca del Rio Apurimac al Rio Salado asciende a la suma de S/. 349,591.77 (Trescientos cuarenta y nueve mil quinientos noventa y uno con 77/100 Nuevos Soles).

3. Obligaciones de la ANA:

Entre otras obligaciones, la ANA se comprometió a:

- i. Seleccionar a las empresas consultoras encargadas de realizar los estudios.
 - ii. Realizar la supervisión de los estudios por administración directa. Los costos de supervisión de ambos Estudios, serían asumidos íntegramente por la ANA (y no de los estudios que serían asumidos por los Gobiernos Regionales de Cusco y Arequipa).
 - iii. Revisar y Aprobar los Estudios y de existir observaciones se dará un plazo prudencial para su subsanación;
- b. Que, la ANA efectuó los procesos de selección para la contratación de las empresas consultoras, a través de la Unidad de Logística y Control Patrimonial, la que suscribió el Contrato bajo el siguiente detalle:

Fecha	07.10.2009
Contratista	AGUA Y AGRO ASESORES ASOCIADOS S.A.C.
Monto del contrato	SI. 349,591.77 (trescientos cuarenta y nueve mil quinientos noventa y uno con 77/100 Nuevos Soles) a todo costo, incluido IGV.
Fuente de financiamiento	Gobiernos Regionales de Arequipa y Cusco. Cincuenta por ciento 50 % cada Gobierno regional.
Plazo del contrato	120 días calendario

c. Que, la Jefatura de la ANA del Ministerio de Agricultura aprobó el "Estudio Confrontación de Oferta y Demanda de la Cuenca del Rio Apurimac al Rio Salado", mediante Resolución Jefatural N° 507-2010-ANA de fecha 5 de agosto de 2010;

d. Que, la ANA ha realizado reiterados requerimientos de desembolso al Gobierno Regional de Cusco, a fin de que cumpla con depositar la suma de S/. 305,536.65 (S/. 114,176.68 pendientes a Agua y Agro y S/. 191,359.98 pendientes a CESEL) que debe por concepto del financiamiento para la elaboración de los Estudios materia del Convenio mediante los siguientes documentos:

Oficio N° 0102-2010-ANA-DEPHM de fecha 2 de marzo de 2010,
Oficio N° 0137-2010-ANA/DEPHM de fecha 30 de marzo de 2010,
Oficio N° 235-2010-ANA-J/DEPHM de fecha 27 de abril de 2010,
Oficio N° 001-2010-ANA-DEPHM de fecha 21 de junio de 2010
Carta Notarial de fecha 17 de diciembre de 2010;

e. Que, con el "Convenio para realizar por encargo el Estudio de balance hídrico de la cuenca alta del río Apurímac y las transferencia de fondos entre los Gobiernos Regionales de Arequipa y Cusco y la Autoridad Nacional del Agua" se acredita que el Gobierno Regional de Cusco se obligó a cofinanciar bajo la modalidad de encargo el Estudio "Confrontación de Oferta y Demanda del Rio Apurimac al Río Salado", elaborado por Agua y Agro;

f. Que, de acuerdo a la Cláusula Cuarta del Contrato, el estudio materia del contrato será financiado por los Gobiernos Regionales de Cusco, Arequipa y la ANA, el mismo que será programado y desembolsado en base a un Convenio de Cooperación Interinstitucional suscrito entre los Gobiernos Regionales de Arequipa, Cuzco y la ANA, la

misma que formará parte del Contrato de acuerdo con la cláusula segunda del referido Contrato;

- g. Que, de lo anterior se desprende, que el financiamiento del estudio de Confrontación de Oferta y Demanda de la Cuenca del Río Apurímac al Río Salado, corresponde a los Gobiernos Regionales de Arequipa y Cuzco, de los cuales el Gobierno Regional de Arequipa ha cumplido con la parte asumida, quedando pendiente de pago al demandante la suma de S/. 114,176.68 por parte del Gobierno Regional del Cuzco, a quien se le ha requerido cumpla con su obligación en reiteradas oportunidades;
- h. Que, en el Informe Nº 007-2011-ANA-DEPHM/RHOC de fecha 22 de marzo de 2011, se puede apreciar el siguiente cuadro:

PENDIENTES DE PAGO GOBIERNO REGIONAL DEL CUSCO – AGUA Y AGRO
ASESORES CONSULTORES S.A.C. - 2011

	CONTRATO Nº	1ER	2DO	3ER	4TO	MONTO TOTAL
AGUA Y AGRO	0135-2009	70,337.86	50,900.56	121,238.43	107,114.92	349,591.77
Porcentajes		20.12%	14.56%	34.68%	30.64%	100.00%

GORE CUSCO	70,337.86	50,900.56	60,619.21	53,557.46	235,415.68
	PAGADO	PAGADO	PAGO PARCIAL	PAGO PARCIAL	TOTAL

GORE CUSCO	
MONTO TOTAL PENDIENTE DE PAGO	114,176.68

- i. Que, de conformidad con el artículo 180º del Reglamento, todos los pagos que la Entidad deba realizar a favor del contratista se efectuarán

después de ejecutada la respectiva prestación y en caso de atraso en el pago, se deberá reconocer al contratista los intereses legales correspondientes; por lo que, al haberse culminado la elaboración del Estudio de Impacto Ambiental, corresponde el pago de las correspondientes contraprestaciones; establecidas en el Convenio que las origina;

- j. Que, el incumplimiento en el pago a los consultores responsables de la elaboración de los estudios, se debe a la negativa del Gobierno Regional del Cusco, por lo que corresponde irrogar a dicho gobierno el pago pendiente e intereses;
- k. Que, de acuerdo a las obligaciones pactadas en el Convenio antes aludido, el cual forma parte del Contrato, la ANA ha solicitado en su oportunidad a los Gobiernos Regionales el desembolso respectivo a fin de cumplir con la obligación pactada en el contrato sub materia, sin que el Gobierno Regional del Cusco cumpla con desembolsar la alícuota correspondiente, lo que ha ocasionado la falta de pago a Agua y Agro;
- l. Que, de acuerdo a la cláusula quinta del Convenio de Cooperación Interinstitucional para realizar por encargo el Estudio de Balance Hídrico de la Cuenca Alta del Río Apurimac y la Transferencia de Fondos entre los Gobiernos Regionales Arequipa, Cusco y la ANA de fecha 13 de mayo de 2009, los Gobiernos Regionales del Cuzco y Arequipa tienen la calidad de "Unidad Ejecutora Encargante";
- m. Que, en la cláusula sexta del Convenio se puede apreciar que dentro de las obligaciones de los Gobiernos Regionales, correspondía efectuar las transferencias de los fondos, de manera que la ANA los ejecute en forma oportuna, por tener la calidad de "encargado" del pago que le correspondía a estos Gobiernos Regionales;

- n. Que, el Diccionario de la Real Academia Española, define a la palabra encargar a "Encomendar, poner algo al cuidado de alguien"; es decir, el que tiene el encargo (la ANA) de cumplir una obligación no es el titular de la misma, siendo en este caso deudor directamente de Agua y Agro, el Gobierno Regional del Cusco, como titular de la obligación de financiamiento y como consecuencia de ello, la ANA solo ejecuta el mismo en forma oportuna;
- o. Que, el artículo 1222º del Código Civil señala que puede hacer el pago cualquier persona, tenga o no interés en el cumplimiento de la obligación, sea con el asentimiento del deudor o sin él, salvo que el pacto o su naturaleza lo impidan". Esto significa que puede efectuar el pago una persona distinta al deudor;
- p. Que, dicha norma es facultativa y no imperativa, dado que señala que puede (no dice debe) hacer el pago cualquier persona, tenga o no intereses en el cumplimiento de la obligación, siendo que la ANA manifiesta su oposición al pago en razón que su función era solo de un encargado del pago, siendo el deudor de Agua y Agro, el Gobierno Regional del Cusco;
- q. Que, en la segunda cláusula del Contrato se estableció como parte integrante del contrato el Convenio por encargo entre los Gobiernos Regionales y la ANA, siendo plenamente conocido dicha situación por parte de la actora;
- r. Que, el respectivo Convenio no establece obligación solidaria en caso de incumplimiento del financiamiento y pago;
- s. Que, el artículo 1183º del Código Civil, establece el carácter expreso que debe de tener la solidaridad;

- t. Que, en tal sentido, las obligaciones contenidas en el respectivo convenio por encargo, son de carácter mancomunado de conformidad con el artículo 1182º del Código Civil, (al no haberse pactado lo contrario) y sujeta a las reglas de las obligaciones divisibles establecidas en el artículo 1172º del Código Civil, el cual establece que si son varios los acreedores o los deudores de una prestación divisible y la obligación no es solidaria, cada uno cada uno de los acreedores solo puede pedir la satisfacción de la parte del crédito que le corresponde, en tanto que cada uno de los deudores únicamente se encuentra obligado a pagar su parte de la deuda;
- u. Que, en tal sentido, la ANA solicitó declarar improcedente la primera pretensión de la demanda;
- v. Que, en relación a la segunda pretensión de la demanda, ésta se encuentra ligada a la primera al estar referida al pago del saldo, el mismo que corresponde al Gobierno Regional de Cuzco;
- w. Que, en relación a la cuarta pretensión de la demanda, donde se solicita se ordene el pago de la suma de S/. 700,000.00 Nuevos Soles por concepto de indemnización de daños y perjuicios, dicho concepto tiene como premisa la no ejecución de sus obligaciones por dolo, culpa inexcusable o culpa leve de acuerdo al artículo 1321º del Código Civil, asimismo el artículo 1985º del citado cuerpo legal establece el contenido de la indemnización: "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";

- x. Que, la pretensión indemnizatoria es improcedente, toda vez que no contiene los requisitos señalados en la norma sustantiva antes citada, menos aún, no han sido debidamente sustentadas;
- y. Que, con relación al daño moral reclamado, éste se fundamenta básicamente en el sufrimiento, en el trastorno psicológico, en la afectación espiritual; de otro lado, la doctrina estima que el daño moral se agota en el ámbito de la personalidad, que se limita al deterioro de los sentimientos sin ninguna consecuencia pecuniaria; en tal sentido siendo la demandante una persona jurídica, ésta no puede ser objeto de una afectación de tipo moral, pues dicha afectación está reservada para la persona humana, por lo que los fundamentos expuestos que sustentan la solicitud de pago de una indemnización de daños y perjuicios resultan manifiestamente improcedentes.

AUDIENCIA DE CONCILIACIÓN y FIJACION DE PUNTOS CONTROVERTIDOS

Mediante Resolución N° 8 de fecha 10 de abril de 2012, se citó a las partes a Audiencia de Determinación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios, para el día lunes 23 de abril de 2012 a horas 10:00 a.m. en la sede del arbitraje.

Con fecha 23 de abril de 2012, se llevó a cabo la referida Audiencia, la cual se desarrolló en el siguiente orden:

Conciliación

El Árbitro Único invitó a las partes a llegar a un acuerdo conciliatorio; sin embargo, ante la imposibilidad de arribar a un acuerdo total o parcial de las posiciones de las partes, el Árbitro Único decidió proseguir con el trámite del proceso.

Fijación de los Puntos Controvertidos

El Árbitro Único, con las facultades contenidas en el numeral 18) de las reglas del procedimiento que forman parte del Acta de Instalación, procedió a fijar los puntos controvertidos.

El Árbitro Único dejó claramente establecido que se reservaba el derecho de analizar los puntos controvertidos no necesariamente en el orden en el que se señalaron en la respectiva Acta y que, si al momento de referirse a alguno de los puntos controvertidos llegara a determinarse que carece de objeto pronunciarse sobre otros con los que guarde vinculación, podrá omitir referirse a estos otros expresando las razones de dicha omisión.

De igual forma, se dejó constancia que las premisas previas que sirven de base a cada una de las preguntas establecidas como puntos controvertidos son meramente referenciales y que están dirigidas a una lectura más simple de los puntos controvertidos, y que por ello el Árbitro Único está facultado a omitir, ajustar o interpretar dichas premisas a la luz de las respuestas dadas a otros puntos, sin que el orden empleado o el ajuste, omisión o interpretación genere nulidad de ningún tipo.

En adición a ello, el Árbitro Único se reservó el derecho a modificar, con conocimiento de las partes, los puntos controvertidos a raíz de hechos nuevos. De presentarse tal situación se concedería a las partes un plazo razonable para ajustar sus posiciones a cualquier cambio que sea necesario, a fin de garantizar un pleno y adecuado derecho de defensa.

Posteriormente, y en relación a las cuestiones de fondo, el Árbitro Único señaló los siguientes puntos controvertidos en función a las pretensiones planteadas en el presente arbitraje:

1. Determinar si corresponde declarar que la ANA es responsable y/o obligado del cumplimiento de la cancelación del pago correspondiente la prestación a cargo de Agua y Agro, dentro del plazo establecido para tales efectos.
2. Determinar si corresponde ordenar que la ANA pague a favor de Agua y Agro la suma de S/. 120,176.76, por concepto de la contraprestación establecida a favor del contratista.
3. En caso se declare fundado el punto 2) precedente, determinar si corresponde ordenar que la ANA pague a favor de Agua y Agro los intereses correspondientes y, de ser el caso, determinar desde qué fecha se debería pagar por tal concepto hasta la fecha efectiva de pago.
4. Determinar si corresponde ordenar que la ANA pague a favor de Agua y Agro la suma de S/. 700,000.00, por concepto de indemnización por daños y perjuicios que se habrían causado por la falta de pago de la contraprestación establecida a favor del contratista.
5. Determinar a quién corresponde el pago de los costos, costas y gastos arbitrales que genere el presente proceso arbitral.

Ambas partes expresaron su conformidad con los puntos controvertidos determinados en este acto, así como con las reglas establecidas por el Árbitro Único al respecto.

Admisión de Medios Probatorios

Acto seguido, el Árbitro Único procedió a la admisión de los medios probatorios ofrecidos por las partes, de la siguiente manera:

De la parte demandante:

Se admitieron los medios probatorios ofrecidos por Agua y Agro en su escrito de demanda presentado el 14 de febrero de 2012, identificados con los numerales que van del 1) al 7).

Asimismo, mediante Resolución N° 12 de fecha 24 de julio de 2012, se admitió en calidad de medios probatorios los documentos presentados por Agua y Agro mediante escrito de fecha 18 de julio de 2012, los cuales fueron absueltos por la ANA mediante escrito de fecha 3 de agosto de 2012, que se tuvo presente mediante Resolución N° 13 de fecha 3 de agosto de 2012.

De la parte demandada:

Se admitieron los medios probatorios ofrecidos por la ANA en su escrito de contestación de demanda presentado el 1 de marzo de 2012, complementado el 16 de marzo de 2012, incluidos en el acápite "MEDIOS PROBATORIOS" de dicho escrito.

Pruebas de Oficio:

Adicionalmente, el Árbitro Único se reservó el derecho de disponer oportunamente la actuación de oficio de cualquier otro medio probatorio que considere conveniente; asimismo, se reservó la posibilidad de prescindir de las pruebas no actuadas en caso que el Árbitro Único las considere prescindibles o innecesarias. Dichas facultades se encuentran previstas y amparadas conforme a lo establecido en el artículo 43º del Decreto Legislativo N° 1071.

En tal sentido, el Árbitro Único otorgó a ambas partes un plazo de diez (10) días hábiles, para que presenten las Bases del proceso de selección, así

como cualquier otro documento y/o información que sirva para precisar los puntos controvertidos y/o los fundamentos expresados por las partes en sus escritos de demanda y contestación de demanda.

Al respecto, mediante escritos de fecha 9 de mayo de 2012, Agua y Agro y la ANA cumplieron con lo requerido durante la Audiencia de Determinación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios de fecha 23 de abril de 2012, admitiéndose los respectivos documentos presentados en calidad de medios probatorios mediante Resolución N° 10 de fecha 8 de junio de 2012.

ALEGATOS

Mediante Resolución N° 10 de fecha 8 de junio de 2012, se otorgó a ambas partes un plazo de cinco (5) días hábiles para la presentación de sus alegatos escritos, los cuales fueron presentados únicamente por Agua y Agro mediante escrito de fecha 19 de junio de 2012, y sin haber solicitado el uso de la palabra.

Sin perjuicio de ello, mediante Resolución N° 11 de fecha 28 de junio de 2012, se citó a las partes a la Audiencia de Informes Orales, la misma que se llevó a cabo en la fecha programada del miércoles 11 de julio de 2012 a las 10:00 a.m. en la sede del arbitraje.

CIERRE DE INSTRUCCIÓN Y FIJACIÓN DEL PLAZO PARA LAUDAR

Mediante Resolución N° 14 de fecha 3 de agosto de 2012, se declaró el cierre de la instrucción del presente arbitraje y se fijó el plazo para la emisión del correspondiente laudo arbitral en treinta (30) días hábiles, reservándose el Árbitro Único la facultad de prorrogar dicho plazo, de así estimarlo conveniente.



II. **CONSIDERANDO:**

II.1. **CUESTIONES PRELIMINARES:**

Antes de considerar la materia controvertida, corresponde expresar lo siguiente:

1. El Árbitro Único se constituyó de conformidad con lo establecido en el convenio arbitral suscrito entre las partes, así como al amparo de la normativa vigente.
2. La designación y aceptación del Árbitro Único se ajustó a las exigencias previstas en la ley de la materia.
3. Ni el Demandante ni el Demandado recusaron al Árbitro Único, ni tampoco reclamaron contra las disposiciones de procedimiento dispuestas en el Acta de Instalación del Árbitro Único.
4. Ambas partes tuvieron plena libertad para ofrecer y actuar todos los medios probatorios que consideraron pertinentes, así como para expresar sus posiciones de hechos y de defensa sin limitación alguna, habiendo tenido ambas igual oportunidad para presentar sus alegaciones y conclusiones por escrito, así como para que realicen sus respectivos informes orales.
5. El Árbitro Único considera que los medios probatorios deben tener por finalidad acreditar los hechos expuestos por las partes, producir certeza respecto de los puntos controvertidos y fundamentar las decisiones, conforme a los principios generales de la prueba, necesidad, originalidad, pertinencia y utilidad de la prueba. Estos medios probatorios han sido valorados de manera conjunta, utilizando una apreciación razonada. En tal sentido, si no se probó los

fundamentos de la demanda, ésta deberá ser declarada infundada, de conformidad con la Ley de Arbitraje que confiere a los árbitros la facultad de determinar, de manera exclusiva, la admisibilidad, pertinencia y valor de las pruebas siempre que la valorización se realice de manera conjunta y utilice su apreciación razonada.

6. El Árbitro Único deja constancia que en el estudio, análisis y deliberación se ha tenido en cuenta todos los argumentos y las alegaciones de ambas partes respecto a la demanda y contestación de demanda formuladas, así como todos los respectivos medios probatorios aportados frente a dicha demanda, haciendo un análisis y una valorización de conjunto, de manera que la no referencia a un argumento o una prueba no supone que no lo haya tomado en cuenta para su decisión.
7. En tal sentido, el Árbitro Único dentro del plazo establecido de común acuerdo por ambas partes, procede a emitir el correspondiente laudo arbitral.

II.2. ANÁLISIS DE LOS PUNTOS CONTROVERTIDOS

Luego del análisis de lo expuesto por ambas partes y evaluados todos los medios probatorios ofrecidos y actuados en relación a la demanda, y los respectivos escritos y recursos presentados, el Árbitro Único establece lo siguiente en cuanto a los cinco (5) puntos controvertidos:

II.2.1. Determinar si corresponde declarar que la ANA es responsable y/o obligado del cumplimiento de la cancelación del pago correspondiente la prestación a cargo de Agua y Agro, dentro del plazo establecido para tales efectos.

PRIMERO: Con fecha 07 de octubre de 2009, la ANA y Agua y Agro suscribieron el Contrato por un monto de S/. 349,591.77, a todo costo, incluido IGV.

SEGUNDO: Según argumenta Agua y Agro, cumplieron a cabalidad con la prestación a su cargo, es decir con la elaboración del Estudio contratado, incluyendo la absolución de todas las observaciones formuladas, mereciendo la conformidad por parte de la ANA.

No obstante lo anterior, la ANA no cumplió con su obligación de pago por los servicios prestados por más de dos años, a pesar de existir requerimientos por parte de Agua y Agro.

TERCERO: Por su parte la ANA, en su contestación de demanda sostiene que no son los obligados a realizar dichos pagos toda vez que su participación en el Contrato de servicios referido es por encargo del Gobierno Regional del Cusco y Arequipa, según el Convenio celebrado por dichas Entidades, es decir los servicios serían financiados por ambos, existiendo una obligación pendiente del Gobierno Regional del Cusco de S/. 114,176.68, suma que refieren ha sido requerida reiteradamente.

CUARTO: En el numeral 1.9 de su contestación de demanda, la ANA deja claro lo siguiente:

"....por lo que al haberse culminado la elaboración del Estudio de Impacto Ambiental, corresponde el pago de las correspondientes contraprestaciones, establecidas en el Convenio que las origina. El incumplimiento en el pago a los consultores responsables de la elaboración de los estudios, se debe a la negativa del Gobierno Regional del Cusco, por lo que corresponde irrogar a dicho gobierno el pago pendiente e intereses."

QUINTO: De lo manifestado por la ANA en su contestación de demanda queda claro lo siguiente, Y NO ES MATERIA CONTROVERTIDA: (i) Agua y Agro cumplió a cabalidad con la obligación a su cargo, (ii) Existe una deuda pendiente de cancelar a Agua y Agro por los servicios prestados ascendente a S/. 114,176.68.

Este reconocimiento de deuda se encuentra igualmente en el Informe Legal No. 438-2011-ANA-OAJ/JMDCF-YMFM de la ANA ofrecido como medio probatorio de la demanda, donde se confirma el mencionado monto y además el cumplimiento de las obligaciones de Agua y Agro, y se recomienda iniciar las acciones legales contra el Gobierno Regional del Cusco para que cumpla con las obligaciones del Convenio.

SEXTO: Habiendo determinado que no es materia controvertida la realización del servicio por parte de Agua y Agro, y que existe una deuda pendiente, corresponde analizar si la defensa de la ANA en el sentido que quien debe asumir la deuda es el Gobierno Regional del Cusco en virtud del Convenio que mantienen ambas Entidades.

SÉTIMO: De una revisión del Convenio suscrito entre el Gobierno Regional del Cusco, Gobierno Regional de Arequipa y la ANA, y las addendas del mismo, se desprende justamente que el objeto del mismo fue establecer los mecanismos de coordinación y colaboración de las partes para la Elaboración del Estudio Balance Hídrico de la Cuenca Alta del Río Apurímac, con la finalidad de resolver de manera concertada y equitativa los problemas que podrían generarse por la distribución del agua, a fin de beneficiar a las poblaciones involucradas.

OCTAVO: Se estableció inicialmente que cada Gobierno Regional asuma el 50% del costo necesario para cubrir dicho Estudio, debiendo la ANA brindar su apoyo técnico, hasta la aprobación del Estudio, asumiendo el costo de la

supervisión, según numeral 4.2 de la addenda de fecha 30 de noviembre de 2009.

NOVENO: Que, según el título del Convenio referido, la finalidad del mismo fue realizar por encargo el Estudio de Balance Hídrico de la Cuenca Alta del Rio Apurímac, siendo la ANA la encargada de seleccionar a la empresa consultora encargada de realizar el Estudio: Balance Hídrico de la Cuenca Alta del Rio Apurímac, conforme se desprende del numeral 6.2.8 del Convenio.

DECIMO: Sobre el particular, de la revisión de las Bases del Proceso de Selección Bajo el Ámbito del Decreto de Urgencia No. 078-20009 (Concurso Público No. 005-2009-ANA), Sección Específica Condiciones Especiales del Proceso de Selección, la Entidad Convocante según el Capítulo I, numeral 1.1 es la ANA, sin dejarse ninguna reserva que el proceso se realiza por encargo; se deja constancia que la fuente de financiamiento en el numeral 1.6 señalando que proviene de los Gobiernos Regionales de Cusco y Arequipa así como de la ANA.

El Contrato, una vez obtenida la Buena Pro, se debía suscribir con la ANA según el numeral 3.1 del capítulo III de las Bases.

UNDÉCIMO: Según lo establecido en el numeral 3.8 de las Bases, los pagos serían realizados por la Entidad. Igual regla establece la cláusula quinta del Contrato donde la Entidad, es decir la ANA, es la obligada al pago, no indicándose ninguna condición.

DUODÉCIMO: De la revisión de la documentación que obra en el expediente, es claro que quien contrató fue la ANA, siendo esta la obligada al pago de los servicios contratados conforme a las Bases y el Contrato, siendo la relación obligacional que mantiene con los Gobiernos Regionales

de Cusco y Arequipa, una relación interna distinta al Contrato con Agua y Agro.

DÉCIMO TERCERO: Si bien la ANA se obligó a seleccionar al contratista encargado de realizar el servicio materia de contratación, finalmente no solo lo selecciono sino también contrato directamente con el, no pudiendo desconocer las obligaciones derivadas del contrato suscrito.

DÉCIMO CUARTO: La figura de selección por encargo se encuentra recogida en el Reglamento de la Ley de Contrataciones aplicables al presente contrato, de conformidad con el artículo 86º de la citada norma.

De su lectura se desprende que por razones económicas o de especialidad en el objeto de la convocatoria, una Entidad puede encargar a otra Entidad mediante convenio la realización del proceso de selección, siendo de cargo de la Entidad encargante la aprobación del Expediente de Contratación y de las Bases.

Otra figura es la establecida en el artículo 87º de la norma comentada, encargo a una Entidad Pública, donde finalizado el proceso de selección y firme la buena pro, se remite expediente de contratación a la Entidad encargante para la suscripción y ejecución del contrato respectivo.

Este último podría asemejarse a lo ocurrido en el presente, no obstante al suscribir la ANA el contrato asumió en forma directa las obligaciones y derechos derivados de dicha relación contractual, no pudiendo oponer el Convenio de Cooperación para evadir sus obligaciones de pago, máxime si el propio contrato y bases dejan sentado que es obligación de la Entidad los pagos por los servicios.

DÉCIMO QUINTO: De conformidad con el artículo 140º del Reglamento de la Ley de Contrataciones, son sujetos de la relación contractual la Entidad y el

contratista, siendo irrelevante la fuente de financiamiento alegada por la ANA.

Sin perjuicio de lo anterior, las obligaciones derivadas del Convenio de Cooperación Institucional, se podrán hacer valer en la vía correspondiente, teniendo expedito la ANA su derecho, para iniciar las acciones que considere necesarias en defensa de sus intereses, conforme lo establece el Informe Legal No 438-2011-ANA-oAJ/JMDCF=YMFM, numeral 3.3 Conclusiones, ofrecido como medio probatorio 07 en la demanda.

DÉCIMO SEXTO: Por todo lo expuesto, la ANA es la responsable/obligado del pago de los servicios a favor de Agua y Agro derivados del Contrato, conforme a las Bases y la cláusula quinta del referido contrato.

II.2.2. Determinar si corresponde ordenar que la ANA pague a favor de Agua y Agro la suma de S/. 120,176.76, por concepto de la contraprestación establecida a favor del contratista.

PRIMERO: Que, de conformidad con lo resuelto en el punto anterior, la ANA debe cumplir con el pago derivado de los servicios contratados con Agua y Agro.

SEGUNDO: El monto reclamado por Agua y Agro derivado de sus facturas impagadas asciende a S/. 120,176.60, el mismo que ha sido cuestionado por la ANA en su contestación de demanda, numeral 1.8 señalando que únicamente adeuda s/. 114,176.68.

TERCERO: Según escrito presentado por Agua y Agro con fecha 18.07.2012 luego de la Audiencia de Informes Orales, precisa que la suma adeudada asciende a S/. 119,552.20. El referido escrito fue puesto en conocimiento de ANA quien mediante escrito del 03.08.2012 absuelve el mismo manifestando no estar de acuerdo con la modificación del monto adeudado

por los servicios contratados, ratificando el monto que mencionaron en su escrito de contestación de demanda, es decir S/. 114,176.68.

CUARTO: No habiendo demostrado Agua y Agro que la deuda impaga por facturas asciende a S/. 120,176.60, y tampoco S/. 119,552.20, pero estando reconocido por la ANA que la deuda por los servicios es de S/. 114,176.68, corresponde ordenar que la ANA pague a Agua y Agro la suma de S/. 114,176.68 derivada de los servicios contratados.

II.2.3. En caso se declare fundado el punto 2) precedente, determinar si corresponde ordenar que la ANA pague a favor de Agua y Agro los intereses correspondientes y, de ser el caso, determinar desde qué fecha se debería pagar por tal concepto hasta la fecha efectiva de pago.

PRIMERO: Según alega Agua y Agro, la falta de pago de la prestación que es materia de la controversia genera el reconocimiento y pago de interés moratorio conforme lo establece el artículo 1242º del Código Civil, por lo que debe recibir los correspondientes intereses.

SEGUNDO: Para la ANA, el pago de intereses le corresponde al Gobierno Regional del Cusco, de acuerdo a los argumentos utilizados en el numeral 1.19 de su contestación de demanda en el sentido que el obligado de la obligación principal es el Gobierno Regional del Cusco.

TERCERO: Respecto a este punto controvertido, el Arbitro Único aprecia en primer lugar que, habiéndose amparado la segunda pretensión principal de la demanda, es pertinente que exista pronunciamiento de la pretensión de intereses en este extremo.

CUARTO: Que, de conformidad con la cláusula Décimo Sexta del Contrato, existe un orden de prelación de disposiciones aplicables a la relación

contractual y es la siguiente: (i) Contrato, (ii) Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento y (iii) Código Civil.

En ese sentido, corresponde verificar si el Contrato contiene disposición relativa al pago de intereses en caso de retraso por parte de la Entidad.

QUINTO: El Árbitro Único advierte que la Cláusula Quinta del Contrato, establece que los pagos se realizan conforme a lo establecido en el artículo 181º del Reglamento de la Ley de Contrataciones. Dicha norma en forma clara establece que en caso de demora en el pago, el contratista tendrá derecho al pago de intereses conforme lo señala el artículo 48º de la Ley, contado desde la oportunidad en que el pago debió realizarse.

SEXTO: Por su parte el artículo 48º de la Ley de Contrataciones, establece que en caso de atraso en el pago por parte de la Entidad, esta reconocerá al Contratista los intereses legales correspondientes.

SÉTIMO: En virtud de lo anterior, le deben ser reconocidos al Contratista por mora en el pago los intereses legales.

OCTAVO: Consecuentemente, para definir la fecha a partir de la cual se devengan intereses, el Arbitro Único observa que a pesar que existe en el expediente la Carta No. 090-2010/GG-AA donde se requiere vía notarial (carta recibida por ANA el 16.06.2010) el pago de la suma adeudada, existe mora a partir de la fecha de citación con la demanda conforme el artículo 1334º del Código Civil, toda vez que el monto adeudado ha sido un punto controvertido y recién ha quedado determinado en el presente laudo.

NOVENO: Ahora bien, cabe tener presente que la Ley de Arbitraje – Decreto Legislativo N° 1071- en su **OCTAVA Disposición Complementaria** ha precisado cómo debe entenderse la citación con la demanda:

"OCTAVA. Mora y resolución de contrato

Para efectos de lo dispuesto en los artículos 1334º y 1428º del Código Civil, la referencia a la citación con la demanda se entenderá referida en materia arbitral a la recepción de la solicitud para someter la controversia a arbitraje.

DÉCIMO: Dado que el cobro de lo adeudado por los servicios es una obligación de dar suma de dinero cuya exigibilidad requiere de pronunciamiento por el Juzgador, Árbitro o Tribunal correspondiente, devenga interés desde la citación con la demanda, esto es, para el caso de los arbitrajes, a partir de la recepción de la solicitud arbitral.

UNDÉCIMO: Tratándose éste de un procedimiento arbitral, es pertinente tener en cuenta que la solicitud arbitral de Agua y Agro fue notificada mediante Carta Notarial a la ANA el 11 de agosto de 2011 y siendo expreso el mandato del artículo 1334º del Código Civil, concordado con la OCTAVA Disposición Complementaria de la Ley de Arbitraje, en el sentido que los intereses moratorios corren a partir de la presentación de la petición de arbitraje, a la ANA le corresponde pagar los intereses por un plazo computado a partir de dicha fecha hasta que se efectúe el pago correspondiente.

DUODÉCIMO: En tal sentido, corresponde ordenar el pago de intereses legales respecto de la segunda pretensión principal (sobre el monto de pago reconocido en el presente Laudo) a partir del 11 de agosto de 2011 hasta la fecha efectiva de pago.

II.2.4. Determinar si corresponde ordenar que la ANA pague a favor de Agua y Agro la suma de S/. 700,000.00, por concepto de indemnización por daños y perjuicios que se habrían causado por la falta de pago de la contraprestación establecida a favor del contratista.

PRIMERO: Según Agua y Agro, la ANA le debe pagar S/. 700,000.00 por concepto de daños y perjuicios que se habrían ocasionado por la falta de pago de la contraprestación establecida a favor del contratista, toda vez que ha tenido que acudir al endeudamiento para resolver reclamos con personal, proveedores e impuestos, más el daño moral.

Sustentan dicha pretensión en lo dispuesto en el artículo 170° del Reglamento de la Ley de Contrataciones.

SEGUNDO: Dicha norma efectivamente establece que si la parte perjudicada con algún incumplimiento contractual es el contratista, la Entidad deberá reconocerle la respectiva indemnización por los daños y perjuicios irrogados; sin embargo, para ello debería cumplirse los requisitos y presupuestos correspondientes.

TERCERO: De la revisión de los actuados, esta pretensión no se encuentra debidamente probada ya que si bien en la Audiencia de Determinación de Puntos Controvertidos se otorgó a las partes un plazo adicional para presentar la documentación que acredite y sustente sus pretensiones, el contratista no cumplió con presentar nada que sirva de sustento para la pretensión indemnizatoria solicitada.

CUARTO: Luego de la Audiencia de Alegatos, nuevamente se otorgó a las partes plazo para presentar lo que consideren pertinente, habiendo cumplido Agua y Agro con adjuntar algunos documentos que acreditarían el daño causado, los mismos que no causan convicción al Árbitro Único.

QUINTO: No obstante, este Arbitro Único considera que la demora en el pago además de los intereses reconocidos, podrían haber generado algún daño adicional, como por ejemplo el costo de oportunidad o la perdida de la chance en relación al mayor beneficio que se pudo obtener como consecuencia de haber tenido el dinero en el momento oportuno, entre

otros daños, por lo que, si bien esta pretensión es improcedente por falta de pruebas, se deja expedita la vía para que sea reclamada por el contratista de acuerdo a Ley.

II.2.5. Determinar a quién corresponde el pago de los costos, costas y gastos arbitrales que genere el presente proceso arbitral.

PRIMERO: Que, en este punto corresponde determinar a quién corresponde el pago de los costos, costas y gastos arbitrales que genere el presente proceso arbitral.

SEGUNDO: Que, el numeral 1) del artículo 72º del Decreto Legislativo N° 1071, dispone que los árbitros se pronunciaran en el laudo arbitral sobre los costos indicados en su artículo 70º. Asimismo, el numeral 1) del artículo 73º del citado cuerpo normativo señala que los árbitros deben tener presente, de ser el caso, lo pactado en el convenio arbitral; además, tal norma legal establece que si el convenio arbitral no contiene pacto alguno sobre los gastos, los costos del arbitraje serán de cargo de la parte vencida; sin embargo, los árbitros podrán distribuir y prorratear estos costos entre las partes, si estiman que el prorrateo es razonable, teniendo en cuenta las circunstancias del caso.

TERCERO: Que, en el convenio arbitral contenido en la cláusula décimo séptima del Contrato, las partes no han establecido pacto alguno acerca de los costos y costas del proceso arbitral. Atendiendo a esta situación, corresponde que el Árbitro Único se pronuncie sobre este tema de manera discrecional y apelando a su debida prudeñcia.

CUARTO: En virtud de ello, el Árbitro Único estima que a pesar de no haber reconocido la totalidad de las pretensiones demandadas, Agua y Agro ha logrado el reconocimiento de parte de lo reclamado, por lo que la ANA debe asumir el 75% de los costos, costas y gastos arbitrales, mientras que Agua

y Agro el 25%, lo cual incluye los conceptos indicados en los diferentes numerales del artículo 70º de la Ley de Arbitraje, según corresponda.

QUINTO: En ese sentido, y sólo en relación a los gastos arbitrales que incluyen los honorarios del Árbitro Único y del Secretario Ad hoc, se deberá tener presente lo siguiente:

En el presente arbitraje se han fijado los siguientes gastos arbitrales:

- Honorario Neto del Árbitro Único:	S/. 13,000.00
- Honorario Neto del Secretario Ad hoc:	S/. 7,000.00
Total:	S/. 20,000.00

Sin embargo, se debe tener en cuenta que cada parte ha asumido el 50% de los referidos gastos arbitrales, por lo que en relación a este concepto el monto que debe pagar la ANA a Agua y Agro es el siguiente de S/. 5,000.00, de acuerdo al siguiente cuadro.

	Cada parte asumió	Cada parte debe asumir
La ANA	S/. 10,000.00	S/. 15,000.00
Agua y Agro	S/. 10,000.00	S/. 5,000.00

QUE, LUEGO DEL DESARROLLO DE CADA UNA DE LAS PRETENSIONES PLANTEADAS EN LA DEMANDA Y EN LA RECONVENCIÓN Y CORROBORADAS EN LOS PUNTOS CONTROVERTIDOS FIJADOS, Y EN MÉRITO DE LOS MEDIOS PROBATORIOS QUE CORREN EN AUTOS QUE HAN SIDO VALORADOS EN CONJUNTO, EL ÁRBITRO ÚNICO LAUDA DE LA SIGUIENTE MANERA:

PRIMERO: Declarar **FUNDADA** la primera pretensión de la demanda formulada por Agua y Agro Asesores Asociados S.A.C. el 14 de febrero de 2012; en consecuencia, **DECLÁRESE** que la Autoridad Nacional del Agua - ANA es responsable y obligada de cumplir con la cancelación del pago correspondiente a la prestación realizada por Agua y Agro Asesores Asociados S.A.C. de acuerdo a los términos del Contrato del Estudio de Confrontación de Oferta y Demanda de la Cuenca del Río Apurímac al Río Salado N° 0135-2009-ANA.OA-ULCP.

SEGUNDO: Declarar **FUNDADA en parte** la segunda pretensión de la demanda formulada por Agua y Agro Asesores Asociados S.A.C. el 14 de febrero de 2012; en consecuencia, **ORDÉNESE** a la Autoridad Nacional del Agua - ANA que pague a favor de Agua y Agro Asesores Asociados S.A.C. la suma de S/. 114,176.68, por concepto de contraprestación a favor del contratista.

TERCERO: Declarar **FUNDADA en parte** la tercera pretensión de la demanda formulada por Agua y Agro Asesores Asociados S.A.C. el 14 de febrero de 2012; en consecuencia, **ORDÉNESE** a la Autoridad Nacional del Agua - ANA que pague a favor de Agua y Agro Asesores Asociados S.A.C. los intereses legales correspondientes del monto señalado en punto resolutivo precedente a partir del 11 de agosto de 2011 hasta la fecha efectiva de pago.

CUARTO: Declarar **IMPROCEDENTE** por falta de pruebas la cuarta pretensión de la demanda formulada por Agua y Agro Asesores Asociados S.A.C. el 14 de febrero de 2012, dejándose a salvo el derecho de Agua y Agro Asesores Asociados S.A.C. a reclamar en la vía correspondiente de acuerdo a Ley.

QUINTO: Declarar que la Autoridad Nacional del Agua - ANA Salud deberá asumir el 75% de los costos señalados en los literales pertinentes del

**Caso Arbitral: Agua y Agro Asesores Asociados
S.A.C. contra la Autoridad Nacional del Agua - ANA**

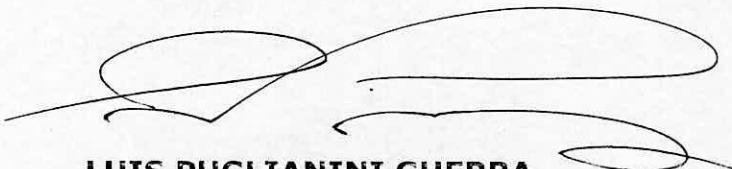
Decreto Legislativo N° 1071 en los cuales ha incurrido su contraparte a raíz del presente proceso arbitral, teniendo en cuenta lo señalado en los considerandos del presente laudo.

Notifíquese a las partes.-



GERSON GLEISER BOIKO

Árbitro Único



LUIS PUGLIANINI GUERRA

Secretario Ad Hoc