

Árbitro Único
Mario Castillo Freyre

LAUDO ARBITRAL
(RESOLUCIÓN N.º 30)

En la ciudad de Lima, con fecha 20 de julio de 2015, en la sede del Tribunal Arbitral, sita en Av. Arequipa n.º 2327, distrito de Lince, provincia y departamento de Lima, el Árbitro Único, doctor Mario Castillo Freyre, emite el presente Laudo Arbitral, en el proceso iniciado por Mercantil Laboratorio S.A.C. contra el Instituto Geológico, Minero y Metalúrgico-INGEMMET.

ANTECEDENTES

- Con fecha 29 de mayo de 2013, Mercantil Laboratorio S.A.C. (en adelante, Mercantil Laboratorio) y el Instituto Geológico, Minero y Metalúrgico - Ingemmet (en adelante, el Ingemmet), suscribieron el Contrato 027-2013 (en adelante, el Contrato).
- Con fecha 16 de abril de 2014, Mercantil Laboratorio solicita al Ingemmet resolver las discrepancias que surgieron del Contrato a través de un arbitraje.
- Con fecha 9 de junio de 2014, las partes designan como árbitro único, de común acuerdo, al doctor Mario Castillo Freyre.
- Con fecha 30 de junio de 2014, se llevó a cabo la Audiencia de Instalación del Tribunal Arbitral, en la sede institucional del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado – OSCE, sito en el Edificio El Regidor n.º 108, Residencial San Felipe, distrito de Jesús María. En dicha Acta se consignó la normativa que regirá el presente proceso arbitral.



1

Árbitro Único
Mario Castillo Freyre

- Por Carta n.º 015-2014-INGEMMET/OAJ, presentada con fecha 1 de julio de 2014, el Ingemmet solicitó el código de cuenta interbancario del Árbitro Único y del Secretario Arbitral, a efectos de cumplir con el pago de sus honorarios.
- Por Escrito n.º 1, presentado con fecha 2 de julio de 2014, Mercantil Laboratorio solicitó al Árbitro Único que le remita su código de cuenta interbancario (CCI), así como el código de cuenta interbancario (CCI) del Secretario Arbitral.
- Por Escrito n.º 2, presentado con fecha 8 de julio de 2014, Mercantil Laboratorio cumplió con efectuar el pago de los honorarios del Árbitro Único y del Secretario Arbitral, a efectos de continuar con el trámite del proceso arbitral.
- Mediante Resolución n.º 1, de fecha 17 de julio de 2014, se resolvió tener por efectuado el pago del anticipo de honorarios arbitrales a cargo de Mercantil Laboratorio y se otorgó al Ingemmet un plazo de cinco días hábiles, contado desde la notificación de dicha Resolución, a efectos de que cumpla con el pago de la parte que le corresponde del anticipo de honorarios arbitrales.
- Por Carta n.º 182-2014-INGEMMET/OA-UL, presentada con fecha 24 de julio de 2014, el Ingemmet cumplió con adjuntar la constancia de pago mediante transferencia por concepto de anticipo de gastos arbitrales.
- Por Escrito n.º 1, presentado con fecha 24 de julio de 2014, el Ingemmet cumplió con adjuntar las constancias de pago mediante transferencia electrónica por concepto de anticipo de honorarios arbitrales.



2

Árbitro Único
Mario Castillo Freyre

- Mediante Resolución n.º 2, de fecha 30 de julio de 2014, se resolvió tener por efectuado el pago del anticipo de honorarios arbitrales a cargo de Ingemmet, de manera que se declaró abierto el proceso arbitral y se otorgó a Mercantil Laboratorio un plazo de diez días hábiles, contado desde la notificación de dicha Resolución, para que presente su escrito de demanda.
- Por Escrito n.º 2, presentado con fecha 13 agosto de 2014, la doctora Beatriz Dolores Chacaltana Romero, cumple con apersonarse al proceso arbitral en calidad de Directora de la Oficina de Asesoría Jurídica del Ingemmet.
- Por Escrito n.º 3, presentado con fecha 14 de agosto de 2014, Mercantil Laboratorio cumplió con presentar su demanda arbitral.
- Mediante Resolución n.º 3, de fecha 18 de agosto de 2014, se resolvió tener por efectuado el apersonamiento al proceso arbitral de la doctora Beatriz Dolores Chacaltana Romero, para que ejerza la defensa de Ingemmet de manera individual o conjuntamente con los abogados previamente apersonados, con todas las facultades conferidas por ley; se tuvo presente la copia del D.N.I. de la doctora Chacaltana y la copia de Resolución de Presidencia del Consejo Directivo de Ingemmet, que designa a la mencionada abogada como directora de la Oficina de Asesoría Jurídica; y se tuvo por presentada la copia certificada del Poder por Escritura Pública n.º 127, de fecha 8 de agosto de 2014, que ha otorgado Ingemmet a favor de la doctora Chacaltana.
- Mediante Resolución n.º 4, de fecha 20 de agosto de 2014, se resolvió otorgar a Mercantil Laboratorio un plazo de tres días hábiles, contado a partir de la notificación de dicha Resolución, para que cumpla con identificar claramente y señale el número que le corresponde a cada uno de los medios probatorios y anexos presentados en su escrito de demanda.

Árbitro Único
Mario Castillo Freyre

- Por Escrito n.º 4, presentado con fecha 26 de agosto de 2014, se cumplió con lo requerido mediante Resolución n.º 4.
- Mediante Resolución n.º 5, de fecha 28 de agosto de 2014, se resolvió tener por cumplido el requerimiento realizado mediante Resolución n.º 4 por parte de Mercantil Laboratorio; se admitió a trámite la demanda en los términos expuestos en los escritos n.º 3 y n.º 4, presentados con fechas 14 y 26 de agosto de 2014, respectivamente, por Mercantil Laboratorio; se tuvieron por ofrecidos los medios probatorios que se indican y a los autos los documentos anexos que se presentan; se resolvió correr traslado de la demanda y del escrito n.º 4 de Mercantil Laboratorio al Ingemmet por un plazo de diez días hábiles, contado desde la notificación de dicha Resolución, a efectos de que exprese lo conveniente a su derecho.
- Por Escrito n.º 3, presentado con fecha 11 de septiembre de 2014, Ingemmet cumplió con presentar la contestación de la demanda arbitral, y formuló reconvención.
- Mediante Resolución n.º 6, de fecha 17 de septiembre de 2014, se resolvió tener por presentada la contestación de la demanda; tener por ofrecidos los medios probatorios que se indican y a los autos los documentos anexos adjuntados en el escrito n.º 3 presentado por el Ingemmet; otorgar a Mercantil Laboratorio un plazo de diez días hábiles, contado desde la notificación de dicha Resolución, a efectos de que manifieste lo conveniente a su derecho en torno a la reconvención presentada por el Ingemmet.
- Por Escrito n.º 5, presentado con fecha 3 de octubre de 2014, Mercantil Laboratorio cumplió con contestar la reconvención.



4

Árbitro Único

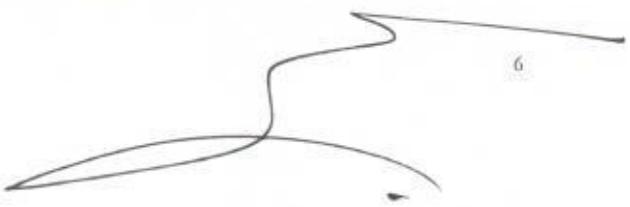
Mario Castillo Freyre

- Por Escrito n.º 6, presentado con fecha 3 de octubre de 2014, Mercantil Laboratorio absolvió el traslado conferido mediante Resolución n.º 6.
- Mediante Resolución n.º 7, de fecha 16 de octubre de 2014, se resolvió otorgar a Mercantil Laboratorio un plazo de tres días hábiles, contado desde la notificación de dicha Resolución, a efectos de que cumpla con presentar un disco compacto grabable que contenga y contestación a la reconvención; admitir a trámite la contestación de la reconvención en los términos expuestos en el escrito n.º 5, presentado con fecha 3 de octubre de 2014; respecto del escrito n.º 6, presentado por Mercantil Laboratorio, se otorgó a Ingemmet un plazo de cinco días hábiles, contado desde la notificación de dicha Resolución, a efectos de que manifieste lo conveniente a su derecho; y, se tuvieron por presentados y a los autos los documentos anexos que se presentan en el escrito n.º 6, presentado por Mercantil Laboratorio.
- Por Escrito n.º 7, presentado con fecha 21 de octubre de 2014, Mercantil Laboratorio cumple con presentar un disco compacto contenido su escrito de contestación a la reconvención.
- Por Escrito n.º 4, presentado con fecha 23 de octubre de 2014, el Ingemmet absolvió el traslado de la contestación de la reconvención.
- Mediante Resolución n.º 8, de fecha 29 de octubre de 2014, se resolvió tener por cumplido el requerimiento efectuado mediante Resolución n.º 7, y a los autos el disco compacto grabable de Mercantil Laboratorio; además, se tuvo presente el escrito n.º 4 del Ingemmet.
- Mediante Resolución n.º 9, de fecha 29 de octubre de 2014, se resolvió citar a las partes a la Audiencia de Conciliación y Determinación de Puntos Controvertidos, la cual se llevaría a cabo el día jueves 13 de noviembre de

Árbitro Único
Mario Castillo Freyre

2014, a las 11:00 horas, en la sede del Tribunal Unipersonal, pudiendo presentar, dentro del plazo de tres días hábiles de notificada dicha Resolución, su propuesta de puntos controvertidos.

- Por Escrito n.º 5, presentado con fecha 4 de noviembre de 2014, el Ingemmet cumplió con proponer sus puntos controvertidos.
- Por Escrito n.º 8, presentado con fecha 5 de noviembre de 2014, Mercantil Laboratorio cumplió con presentar su propuesta de puntos controvertidos.
- Con fecha 13 de noviembre de 2014, se llevó a cabo la Audiencia de Conciliación y Determinación de Puntos Controvertidos. En dicha audiencia se emitió la Resolución n.º 10, mediante la cual se resolvió tener presente con conocimiento de la contraparte el escrito n.º 5, presentado por el Ingemmet; tener presente con conocimiento de la contraparte el escrito n.º 8, presentado por Mercantil Laboratorio. De igual manera, se otorgó a Ingemmet un plazo de quince días hábiles, contado desde la notificación de dicha Acta, a efectos de que presente el informe pericial ofrecido, el cual sería elaborado por el ingeniero Walter Melitón Camahualí Aranda.
- Por Escrito n.º 6, presentado con fecha 1 de diciembre de 2014, el Ingemmet cumplió con presentar el informe pericial ofrecido.
- Mediante Resolución n.º 11, de fecha 3 de diciembre de 2014, se resolvió tener por presentado el escrito n.º 6, remitido por el Ingemmet con fecha 1 de diciembre de 2014; a los autos el informe pericial elaborado por el ingeniero Walter Melitón Camahualí Aranda; y se otorgó a Mercantil Laboratorio un plazo de quince días hábiles, contado desde la notificación de dicha Resolución, a efectos de que exprese lo conveniente a su derecho.

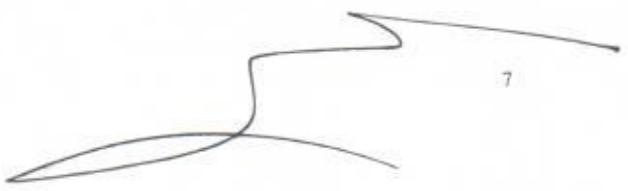


6

Árbitro Único

Mario Castillo Freyre

- Por Escrito n.º 9, presentado con fecha 26 de diciembre de 2014, Mercantil Laboratorio cumplió con absolver el traslado conferido mediante Resolución n.º 11.
- Mediante Resolución n.º 12, de fecha 7 de enero de 2015, se resolvió otorgar al Ingemmet un plazo de cinco días hábiles, contado desde la notificación de dicha Resolución, para que acredite haber cumplido con lo establecido en el numeral 10 del Acta de Instalación.
- Mediante Resolución n.º 13, de fecha 7 de enero de 2015, se resolvió tener por absuelto el traslado conferido mediante Resolución n.º 11, por parte de Mercantil Laboratorio.
- Mediante Resolución n.º 14, de fecha 7 de enero de 2015, se resolvió citar a las partes a la Audiencia de Pruebas, que se llevará a cabo el día lunes 26 de enero de 2015, a las 11:00 horas, en la sede del Tribunal Arbitral.
- Por Escrito n.º 7, presentado con fecha 12 de enero de 2015, el Ingemmet comunicó que se ha inscrito al doctor Mario Castillo Freyre en el Registro del sistema Electrónico de Contrataciones del Estado- SEACE.
- Por Escrito n.º 10, presentado con fecha 23 de enero de 2015, Mercantil Laboratorio solicitó la reprogramación de la Audiencia de Pruebas, así como que se les conceda el uso de la palabra, a través de su representante legal, en la Audiencia de Informe Oral.
- Mediante Resolución n.º 15, de fecha 29 de enero de 2015, se resolvió tener por cumplido el requerimiento realizado por el Árbitro Único al Ingemmet, a través de la Resolución n.º 12.

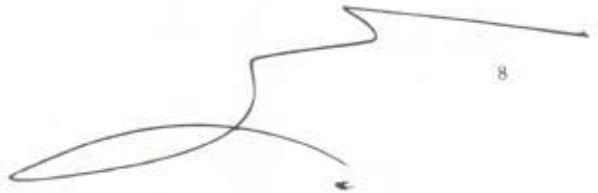


7

Árbitro Único

Mario Castillo Freyre

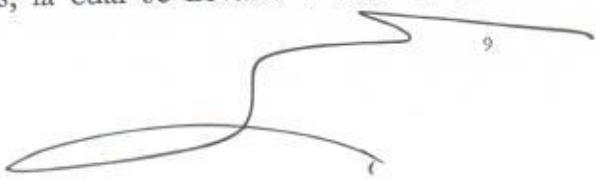
- Mediante Resolución n.º 16, de fecha 29 de enero de 2014, se resolvió citar a las partes a la Audiencia de Pruebas, que se llevaría a cabo el día viernes 6 de febrero de 2015, a las 11:00 horas, en la sede del Tribunal.
- Con fecha 6 de febrero de 2015, se llevó a cabo la Audiencia de Pruebas.
- Por Escrito n.º 8, presentado con fecha 6 de febrero de 2015, se apersonó el doctor Víctor Mauricio Marín Aponte como representante legal del Ingemmet, en calidad de Director de la Oficina de Asesoría Jurídica.
- Por Carta s/n, de fecha 10 de febrero de 2015, el doctor Mario Castillo Freyre cumplió con realizar su declaración de imparcialidad e independencia.
- Mediante Resolución n.º 17, de fecha 13 de febrero de 2015, se resolvió tener por apersonado al doctor Víctor Mauricio Marín Aponte.
- Mediante Resolución n.º 18, de fecha 13 de febrero de 2015, se resolvió declarar concluida la etapa probatoria; además, se otorgó a las partes un plazo de cinco días hábiles, contado desde la notificación de dicha Resolución, a efectos de que presenten sus respectivos alegatos escritos.
- Mediante Resolución n.º 19, de fecha 17 de febrero de 2015, se resolvió fijar el segundo anticipo de honorarios ascendente a S/. 3,643.00 netos para el Árbitro Único, el mismo que las partes deberían pagar en un 50% cada una, y se fijó el segundo anticipo de honorarios ascendente a S/.1,821.50 netos para la Secretaría Arbitral, el mismo que las partes deberán pagar en un 50% cada una. Además, se otorgó un plazo de diez días hábiles, contado desde la notificación de dicha Resolución, a efectos de que las partes cumplan con realizar los pagos referidos.



Árbitro Único

Mario Castillo Freyre

- Por Carta n.º 035-2015-INGEMMET/OA-UL, presentada con fecha 20 de febrero de 2015, el Ingemmet solicitó al Árbitro Único que le remita la impresión de los recibos de honorarios electrónicos correspondientes para poder realizar el pago en depósito en las respectivas cuentas bancarias. Asimismo, solicitó que el Árbitro Único se sirva presentar una carta donde autorice el abono en el código de cuenta interbancario del Árbitro Único y de la Secretaría Arbitral.
- Por Escrito n.º 9, presentado con fecha 20 de febrero de 2014, el Ingemmet cumplió con presentar sus alegatos finales.
- Por Escrito n.º 11, presentado con fecha 24 de febrero de 2015, Mercantil Laboratorio solicitó la impresión de los recibos de honorarios electrónicos correspondientes para poder realizar el pago en las respectivas cuentas bancarias.
- Por Escrito n.º 12, presentado con fecha 25 de febrero de 2015, Mercantil Laboratorio adjuntó los pagos efectuados a las cuentas corrientes del Árbitro Único y del Secretario Arbitral.
- Por Escrito n.º 13, presentado con fecha 25 de febrero de 2015, Mercantil Laboratorio cumplió con presentar sus alegatos finales y solicitó el uso de la palabra en la Audiencia de Informes Orales.
- Mediante Resolución n.º 20, de fecha 24 de marzo de 2015, se resolvió tener presente el escrito n.º 9, presentado por Ingemmet; tener presente el escrito n.º 13, presentado por Mercantil Laboratorio; tener presente el Primer Otrosí Decimos del escrito n.º 9, presentado por Ingemmet; tener presente el Otrosí Digo el escrito n.º 13, presentado por Mercantil Laboratorio; y se citó a las partes a la Audiencia de Informes Orales, la cual se llevaría a cabo el día



9

Árbitro Único
Mario Castillo Freyre

viernes 10 de abril de 2014, a las 10:30 horas, en la sede del Tribunal Unipersonal.

- Mediante Resolución n.º 21, de fecha 25 de marzo de 2015, se resolvió tener por efectuado el pago del segundo anticipo de honorarios arbitrales a cargo de Mercantil Laboratorio y del Ingemmet.
- Por Escrito s/n, presentado con fecha 10 de abril e 2015, Mercantil Laboratorio solicitó al Tribunal Unipersonal permitir la participación de la doctora Cindy Vanessa Mariñas Luna para que asista a la audiencia de Informes Orales en el día y hora que ésta sea reprogramada.
- Mediante Resolución n.º 22, de fecha 13 de abril de 2015, se resolvió citar a las partes a la Audiencia de Informes Orales, la cual se llevaría a cabo el día lunes 27 de abril de 2015, a las 11:00 horas, en la sede del Tribunal Unipersonal.
- Con fecha 27 de abril de 2015, se llevó a cabo la Audiencia de Informes Orales. En dicho acto se fijó el plazo para laudar en treinta días hábiles, el cual se computaría a partir del día siguiente de realizada dicha audiencia.
- Por Escrito n.º 14, presentado con fecha 12 de mayo de 2015, Mercantil Laboratorio se manifestó en relación a los argumentos expuestos en el escrito de alegatos finales de la contraparte.
- Mediante Resolución n.º 23, de fecha 14 de mayo de 2015, se resolvió tener presente el escrito n.º 14, presentado por Mercantil Laboratorio.



10

Árbitro Único

Mario Castillo Freyre

- Mediante Resolución n.º 24, de fecha 15 de mayo de 2015, se resolvió prorrogar el plazo para laudar en treinta días hábiles adicionales, contado desde el vencimiento del primer plazo.
- Por Escrito n.º 10, presentado con fecha 21 de mayo de 2015, el Ingemmet absolvió el traslado de la Resolución n.º 23.
- Mediante Resolución n.º 25, de fecha 21 de mayo de 2015, se resolvió tener presente el escrito n.º 10 presentado por el Ingemmet, con conocimiento de la contraria.
- Por Escrito n.º 11, presentado con fecha 4 de junio de 2015, el Ingemmet expresa fundamentos y solicita que se tengan presentes al momento de resolver.
- Mediante Resolución n.º 26, de fecha 5 de junio de 2015, se resolvió tener presente el escrito n.º 11 presentado por el Ingemmet, con conocimiento de la contraria.
- Por Carta s/n, presentada con fecha 16 de junio de 2015, el Árbitro único, doctor Mario Castillo Freyre, cumple con su deber de declaración e informa que ha sido designado Presidente en un arbitraje cuyo Tribunal también está conformado por el doctor Víctor Marín Aponte.
- Por Escrito n.º 12, presentado con fecha 7 de julio de 2015, el Ingemmet expresa fundamentos y solicita que se tengan presentes al momento de resolver.



Árbitro Único
Mario Castillo Freyre

- Mediante Resolución n.º 27, de fecha 9 de julio de 2015, se resolvió tener presente el escrito n.º 12 presentado por el Ingemmet, con conocimiento de la contraria.
- Por Escrito n.º 15, presentado con fecha 13 de julio de 2015, Mercantil Laboratorio expresa fundamentos en relación al escrito n.º 11 presentado por el Ingemmet, y solicita que se declare fundada la demanda en todos sus extremos.
- Mediante Resolución n.º 28, de fecha 13 de julio de 2015, se resolvió tener presente el escrito n.º 15 presentado por Mercantil Laboratorio, con conocimiento de la contraria.
- Por Escrito n.º 13, presentado con fecha 16 de julio de 2015, el Ingemmet expresa fundamentos en torno al escrito n.º 15 presentado por Mercantil Laboratorio, y solicita que se tengan presentes al momento de resolver.
- Mediante Resolución n.º 29, de fecha 17 de julio de 2015, se resolvió tener presente el escrito n.º 13 presentado por el Ingemmet, con conocimiento de la contraria.

CUESTIONES PRELIMINARES

Antes de analizar la materia controvertida, corresponde recordar lo siguiente: (i) que el Árbitro Único se constituyó de acuerdo al convenio arbitral suscrito por las partes; (ii) que no se recusó al Árbitro Único, ni se impugnó ni reclamó contra las disposiciones de procedimiento dispuestas en el Acta de Instalación; (iii) que Mercantil Laboratorio presentó su demanda dentro del plazo establecido en el Acta de Instalación; (iv) que el Ingemmet fue debidamente emplazado con la

Árbitro Único

Mario Castillo Freyre

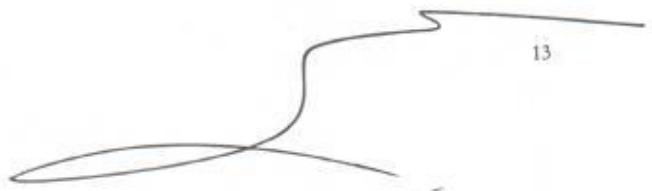
demandó y tuvo oportunidad de ejercer plenamente su derecho de defensa, contestando la demanda y reconviniendo; (v) que Mercantil Laboratorio fue debidamente emplazado con la reconvención y tuvo oportunidad de ejercer plenamente su derecho de defensa; (vi) que ninguna de las partes dedujo excepción de incompetencia dentro de los plazos establecidos en el Acta de Instalación del Tribunal Arbitral; (vii) que las partes tuvieron plena oportunidad para ofrecer y actuar todos sus medios probatorios en la etapa respectiva; (viii) que las partes han presentado sus alegatos escritos y ambas partes han informado oralmente en la Audiencia respectiva; y, (ix) que el Árbitro Único ha procedido a emitir el Laudo dentro del plazo acordado en el Acta de Instalación.

DE LA PRUEBA ACTUADA Y DE LOS ARGUMENTOS EXPUESTOS

El Árbitro Único deja constancia de que ha analizado todos los argumentos de defensa expuestos por las partes. Asimismo, el Árbitro Único deja constancia de que ha examinado las pruebas presentadas de acuerdo a las reglas de la sana crítica y al principio de libre valoración de la prueba, recogido en el Decreto Legislativo n.º 1071, que regula el Arbitraje. Finalmente, deja constancia de que el sentido de su decisión es el resultado de ese análisis y de su convicción sobre la controversia, al margen de que algunas de las pruebas presentadas o actuadas y algunos de los argumentos esgrimidos por las partes pudieran no haber sido expresamente citados en el presente laudo.

CONSIDERANDO

1. Que Mercantil Laboratorio interpone demanda en contra del Ingemmet, a efectos de que se declaren fundadas las siguientes pretensiones:



Árbitro Único
Mario Castillo Freyre

PRIMERA PRETENSIÓN

Que el Árbitro Único se sirva dejar sin efecto y/o declarar la nulidad de la Resolución n.º 011-2014-INGEMMET/OA, la cual dispuso la resolución del Contrato n.º 027-2013, por acumulación del máximo de penalidad.

SEGUNDA PRETENSIÓN

Que el Ingemmet acepte los 9 equipos multiparámetros objeto del contrato n.º 027-2013, a fin de efectuarse la conformidad, señalando que los equipos cumplen con los requisitos y especificaciones técnicas requeridas por el área usuaria.

TERCERA PRETENSIÓN

Que se realice el pago de los referidos equipos una vez aceptados y se exima de penalidad a su representada ante la no conformidad de parte del Ingemmet en tiempo y forma oportuna.

CUARTA PRETENSIÓN

Que el Árbitro Único reconozca y ordene al demandado que asuma la totalidad de las costas y costos del proceso arbitral.

2. Que el emplazado, el Ingemmet, contestó la demanda negándola y contradiciéndola en todos sus extremos. Asimismo, reconvino a efectos de que se declaren fundadas las siguientes pretensiones:

PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL

Indemnización de daños y perjuicios ascendente a la suma de S/. 54,875 originados por el incumplimiento del Contrato n.º 027-2013, de fecha 29 de mayo de 2013, que deberá pagar la empresa Mercantil Laboratorio S.A.C. a favor del Ingemmet.



Árbitro Único
Mario Castillo Freyre

SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL

Reembolso que deberá efectuar la empresa Mercantil Laboratorio S.A.C. a favor del Ingemmet de los costos arbitrales en que incurra en la tramitación del presente proceso.

3. Que, en ese sentido y de conformidad con lo establecido en el Acta de Conciliación y Determinación de Puntos Controvertidos, de fecha 13 de noviembre de 2014, corresponde al Árbitro Único:

DETERMINAR SI CORRESPONDE O NO DEJAR SIN EFECTO Y/O DECLARAR LA NULIDAD DE LA RESOLUCIÓN N.º 011-2014-INGEMMET/OA, A TRAVÉS DE LA CUAL SE DISPUSO LA RESOLUCIÓN DEL CONTRATO N.º 027-2013, POR LA CAUSAL DE ACUMULACIÓN MÁXIMA DE LA PENALIDAD POR MORA EN LA EJECUCIÓN DE LA PRESTACIÓN.

Posición de Mercantil Laboratorio

- 3.1. Que, Mercantil Laboratorio, relata, en primer lugar, los hechos que han dado origen al presente proceso arbitral. Así, cabe tener en cuenta lo que, respecto al aspecto fáctico, dicha parte ha señalado:

- Con fecha 29 de mayo de 2013 se suscribió el contrato n.º 27-2013, correspondiente a la ADS n.º 014-2013-INGEMMET-ítem n.º 1, para la adquisición de 9 equipos multiparámetros, para aguas superficiales, por un monto contractual de S/. 73,800.00, cuyo plazo de ejecución se estableció en 40 días calendario.
- Por carta n.º 154-2013-INGEMMET/OA-UL, notificada el 14 de junio de 2013 se les remite la orden de compra n. 00431.

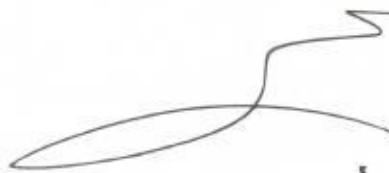


Árbitro Único
Mario Castillo Freyre

- Por Carta MLAB-AC-78-2013, Mercantil Laboratorio solicitó ampliación de plazo contractual hasta el 28 de agosto de 2013 por los motivos expuestos en el referido documento.
- En respuesta a dicha solicitud de ampliación, el Ingemmet, a través de la Carta n.º 197-2013-INGEMMET/OA-UL, comunica a Mercantil Laboratorio la aceptación de la ampliación del plazo contractual.
- Con fecha 21 de agosto de 2013, se realizó la entrega de los equipos materia del contrato, como consta en la guía de remisión n.º 0007-004017.
- Mediante Carta Notarial n.º 007-2013-INGEMMET/OA-UL, notificada el 11 de octubre de 2013, el Ingemmet solicita a Mercantil Laboratorio subsanar las observaciones señaladas en dicho documento, en el plazo de cinco días calendario, observaciones descritas por el área usuaria consignadas en el acta de fecha 19 de septiembre de 2013, en el cual se indicó que: «Los equipos no pueden tomar las lecturas de parámetro ORP, asimismo no cumplen con el almacenamiento mínimo de registros solicitados en el proceso de adquisición».
- Por Carta MLAB-AC-140-2013, notificada al Ingemmet con fecha 16 de octubre de 2013, y en la que a fin de subsanar las observaciones informadas mediante Carta Notarial n.º 007-2013-INGEMMET/OA/UL, Mercantil Laboratorio solicita una verificación de los equipos por parte del servicio técnico de su representada, a fin de subsanar lo observado.
- En respuesta a esa solicitud, el Ingemmet, mediante Carta n.º 293-2013-INGEMMET/OA-UL, notificada con fecha 21 de octubre de 2013, señala como fecha el 22 de octubre de 2013 para realizar las verificaciones de los equipos y subsanar las observaciones advertidas por el área usuaria.

Árbitro Único
Mario Castillo Freyre

- Con fecha 22 de octubre de 2013, se llevó a cabo la verificación de los equipos multiparámetros, en la cual se concluyó lo siguiente: (a) Se procedió a verificar si el equipo contaba con la medición del parámetro ORP, como resultado de ello se manifestó que el equipo no contaba con la sonda para medir dicho parámetro, al respecto se señaló que Mercantil Laboratorio haría la entrega de la sonda en el menor tiempo posible; y, (b) Se verificó que el equipo almacena 5000 datos; asimismo, el servicio técnico determinó que se realizará las coordinaciones a fin de brindar 1800 lecturas (cada lectura contiene todos los parámetros, es decir un total de 12,600 datos).
- Por Carta MLAB-AC-172-2013, Mercantil Laboratorio solicita al Ingemmet una fecha a fin de realizar la verificación y demostración del cumplimiento de los equipos en cuanto a las observaciones, de acuerdo a la información emitida por su fabricante mediante correo electrónico y que se adjuntó ese documento.
- Por Carta MLAB-AC-183-2013, Mercantil Laboratorio reitera al Ingemmet que les indique fecha a la brevedad posible para poder subsanar las observaciones y demostrar el cumplimiento de los equipos.
- Mediante carta notarial n.º 014-2013-INGEMMET/OA-UL, el Ingemmet emplaza a Mercantil Laboratorio para que haga entrega de los bienes materia del contrato al haber incumplido sus obligaciones, en un plazo no mayor de dos días hábiles.
- Mediante carta MLAB-AC-193-2013, Mercantil Laboratorio reitera sus cartas en las que solicita fecha de programación para el adecuado

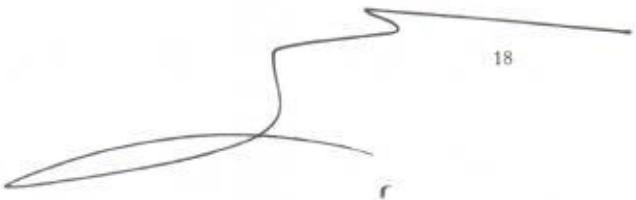


Árbitro Único

Mario Castillo Freyre

funcionamiento (sic) de los equipos multiparámetros y entregar los accesorios y bienes, y subsanar las observaciones.

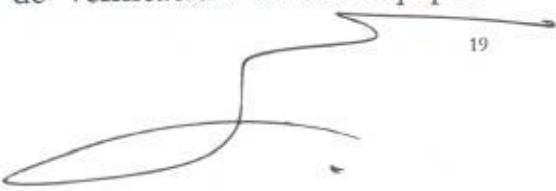
- Por medio del correo electrónico de fecha 20 de diciembre de 2013, se cita a Mercantil Laboratorio para una reunión el día 23 de diciembre de 2013 en presencia del área usuaria y del jefe de logística, a las 11:00 a.m., a fin de tratar el tema de los equipos multiparámetros.
- El 23 de diciembre de 2013 se realizó el acta de verificación de los equipos multiparámetros, de conformidad con el plazo otorgado a Mercantil Laboratorio, en el cual el área usuaria mantuvo sus observaciones, a pesar de que se demostró el cumplimiento de los equipos.
- El 23 de diciembre de 2013, mediante correo electrónico, se remite a Mercantil Laboratorio el acta de verificación, a fin de poder firmar el documento y remitirlo lo antes posible al Ingemmet.
- Con fecha 24 de diciembre de 2013, se remitió el acta de verificación firmada por los representantes de Mercantil Laboratorio al Ingemmet.
- Mediante carta notarial MLAB-AC-02-2014, Mercantil Laboratorio solicita la copia del acta de verificación de fecha 23 de diciembre de 2013, donde el área usuaria persistió en sus observaciones no permitiéndoles el internamiento de las sondas de medición del ORP.
- Mediante carta notarial n.º 005-2014-INGEMMET/OA-UL, con fecha 18 de febrero de 2014, se notifica a Mercantil Laboratorio la Resolución n.º 011-2014-INGEMMET/OA, en la cual se dispone aprobar la resolución del contrato n.º 027-2013.



Árbitro Único

Mario Castillo Freyre

- Mediante solicitud de fecha 26 de febrero de 2014 se invitó al Ingemmet a resolver las controversias materia del contrato n.º 027-2013, a través de un proceso conciliatorio.
 - Mediante acta de conciliación n.º 549-2014, emitida por el Centro de Conciliación Luz y Verdad, ambas partes no adoptaron acuerdo alguno, a fin de resolver las controversias suscitadas en relación al contrato n.º 027-2013.
 - Con fecha 16 de abril de 2014, Mercantil Laboratorio, en virtud de los mecanismos de solución de controversias, solicitó al Ingemmet resolver las discrepancias mediante proceso arbitral.
 - Mediante carta n.º 011-2014-INGEMMET/SG/OAJ, de fecha 5 de mayo de 2014, el Ingemmet acepta participar en el proceso arbitral.
- 3.2. Que, considerando estos antecedentes fácticos, corresponde ahora tener en cuenta la posición que ha adoptado Mercantil Laboratorio en torno a la punto controvertido bajo estudio.
- 3.3. Que, así, dicha parte precisa que la Entidad no actuó conforme a los lineamientos y ordenamientos para la emisión de la Resolución n.º 011-2014-INGEMMET/OA, que resolvió el contrato n.º 027-2013, debido a que la misma no tenía motivación idónea.
- 3.4. Que de acuerdo a los considerandos que motivaron la emisión de la Resolución n.º 011-2014-INGEMMET/OA, que es contraria a la normativa de las contrataciones en relación a la fecha máxima de entrega de los equipos multiparámetros, consideran como fecha el 22 de octubre, día en que se llevó a cabo el acta de verificación de los equipos



19

Árbitro Único

Mario Castillo Freyre

multiparámetros y en donde se llegó al acuerdo de subsanar las dos acciones observadas por el área usuaria que firmó el acta, aceptando «Que se subsanarán las dos observaciones, teniendo en cuenta que mi representada [Mercantil Laboratorio] haría la entrega de la sonda de medición ORP, accesorio que forma parte integrante del equipo y de acuerdo a lo señalado en nuestra propuesta técnica y las coordinaciones a fin de brindar las facturas que necesitaban los equipos para el almacenamiento solicitado».

- 3.5. Que, por tal motivo, no es correcto lo que se indica en la Resolución n.º 011-2014-INGEMMET/OA, respecto al incumplimiento por parte de Mercantil Laboratorio, debido a que después de la referida acta, solicitó mediante documentos y cartas que les dieran fecha para la instalación verificación y comprobación con el área usuaria para demostrar el cumplimiento de los equipos, respuesta que obtuvieron mediante correo de fecha 20 de diciembre de 2013, llevándose a cabo una segunda acta de verificación el 23 de diciembre de 2013, la cual no fue suscrita por el área usuaria.

- 3.6. Que en todo caso, señala Mercantil Laboratorio, tal como lo indica la Entidad respecto a que la fecha máxima de entrega de los equipos fue el 22 de octubre, no se le requirió nuevamente, en plazo oportuno, la subsanación de las observaciones bajo el apercibimiento de resolver el contrato vía conducto notarial. Sus documentos anteriores y el más reciente (la Carta MLAB-AC-183-2013), motivó recién después de más de un mes de inacción y falta de pronunciamiento de la Entidad, que mediante la carta 014-INGEMMET/OA-UL, la Entidad emitiera nuevo requerimiento que deja sin efecto el primer requerimiento (Carta Notarial 007-2013-INGEMMET/OA-UL). Con el nuevo requerimiento las observaciones fueron subsanadas de acuerdo al acta de verificación del 23

Árbitro Único
Mario Castillo Freyre

de diciembre, en la cual la parte usuaria persiste en no brindar la conformidad de los equipos, señalando que persiste la segunda observación, como consta en los videos que adjunta al presente, en donde puede apreciarse la presencia del usuario, el jefe de logística de la Entidad, el jefe de almacén y los representantes de Mercantil Laboratorio, grabación que permitieron con autorización del jefe de logística, evidenciándose que la Entidad otorgó una prórroga de plazo hasta la fecha 23 de diciembre del 2013, en la cual se llevó a cabo el acta que no firmaron y pretenden desconocer, ya que la misma no es señalada en la resolución ni en ningún escrito de la Entidad.

- 3.7. Que, debe tenerse presente que la inacción y el peligro de abastecimiento y no cumplimiento de metas institucionales que señala la Entidad, al no cumplir con sus funciones y no poder utilizar los equipos multiparámetros, es de su responsabilidad exclusiva. A pesar de los múltiples requerimientos, la Entidad no se pronunció. Por ello es que mediante acta del 22 de diciembre de 2013, no se señaló la fecha correspondiente para la entrega del producto, dándose un plazo no establecido y la opción de subsanar las observaciones.
- 3.8. Que Mercantil Laboratorio no comprende cómo se pudo resolver el contrato por acumulación del monto máximo por penalidad por mora, cuando en todo caso se debió señalar la disconformidad, de acuerdo a como lo señala la Cláusula Novena del Contrato:

CLÁUSULA NOVENA: CONFORMIDAD DE RECEPCIÓN DE LA PRESTACIÓN

La conformidad de recepción de la prestación se regula por lo dispuesto en el artículo 178 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado y será otorgada por la Dirección de Recursos Minerales y Energéticos.



Árbitro Único
Mario Castillo Freyre

De existir observaciones se consignarán en el acta respectiva, indicándose claramente el sentido de éstas, dándose al contratista un plazo prudencial para su subsanación, en función a la complejidad del bien. Dicho plazo no podrá ser menor de dos (2) ni mayor de diez (10) días calendario. Si pese al plazo otorgado, EL CONTRATISTA no cumpliese a cabalidad con la subsanación, LA ENTIDAD podrá resolver el contrato, sin perjuicio de aplicar las penalidades que correspondan.

Este procedimiento no será aplicable cuando los bienes manifiestamente no cumplan con las características y condiciones ofrecidas, en cuyo caso LA ENTIDAD no efectuará la recepción, debiendo considerarse como no ejecutada la prestación, aplicándose las penalidades que correspondan.

- 3.9. Que, por otro lado, debe tenerse en cuenta lo señalado en la Cláusula Cuarta del Contrato:

CLÁUSULA CUARTA: DEL PAGO

LA ENTIDAD se obliga a pagar la contraprestación a EL CONTRATISTA en nuevos soles, en único pago, luego de la recepción formal y completa de la documentación correspondiente, según lo establecido en el artículo 181 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

Para tal efecto, el responsable de otorgar la conformidad de la prestación deberá hacerlo en un plazo que no excederá de los diez (10) días calendario de ser estos recibidos.

LA ENTIDAD debe efectuar el pago dentro de los quince (15) días calendario siguientes al otorgamiento de la conformidad respectiva, siempre que se verifiquen las demás condiciones establecidas en el contrato.

En caso de retraso en el pago, EL CONTRATISTA tendrá derecho al pago de intereses conforme a lo establecido en el artículo 48 de la Ley de Contrataciones del Estado, contado desde la oportunidad en el (sic) que el pago debió efectuarse.

Árbitro Único
Mario Castillo Freyre

- 3.10. Que, según dicha parte, puede evidenciarse la inacción de la Entidad, por lo que el motivo de la resolución del contrato por acumulación de penalidades sólo busca eximirla de su responsabilidad por falta de pronunciamiento e inacción frente a las controversias que se suscitaron en relación a la conformidad de la prestación regulada por la normativa de las contrataciones, la cual señala que deberá hacerse en el plazo de diez días calendario o, por el contrario, darse la disconformidad por parte del responsable, en este caso el área usuaria, lo cual no ocurrió.
- 3.11. Que la comunicación recién se dio a conocer mediante carta notarial n.º 007-2013-INGEMMET/OA-UL, que fue reemplazada y/o sustituida mediante carta notarial n.º 014-2013-INGEMMED/OA-L, y fuera de plazo se comunicó la disconformidad y observaciones.
- 3.12. Que después de entregados los equipos multiparámetros en el almacén de la entidad con fecha 21 de agosto de 2013, la entidad —tal como señala en los considerandos de la Resolución N.º 011-2014-INGEMMET— acepta la inacción de su parte y la demora en la verificación de los equipos al no emitir en tiempo y forma oportuna la conformidad o, en todo caso, disconformidad y observaciones de los equipos, y se señala que mediante documento interno Memorando n.º 515-2013, de fecha 30 de setiembre del 2013, la dirección de recursos minerales y energéticos, en su calidad de área usuaria, realizó observaciones de los referidos bienes, observaciones que recién se dan a conocer a Mercantil Laboratorio en octubre.
- 3.13. Que de acuerdo al criterio no objetivo de la Entidad, los bienes debieron entregarse el 22 de octubre de 2013 y al 27 de diciembre de 2013 la empresa Mercantil Laboratorio no ha cumplido con entregar los bienes a satisfacción del área usuaria, siendo que el área logística ha determinado

Árbitro Único
Mario Castillo Freyre

que Mercantil Laboratorio lleva una acumulación de 66 días de retraso en la entrega del bien, lo que representa un monto ascendente a la penalidad de S/. 30,442.50, que excede el monto del 10% del monto máximo de penalidad, por lo que el Ingemmet no ha seguido correctamente el procedimiento para la resolución del contrato, siendo que la carta notarial n.º 014-2013-INGEMMET/OA-UL eliminó los efectos de la carta anterior Carta Notarial n.º 007-2013-INGEMMET/OA-UL.

- 3.14. Que por ello, dentro del plazo, mediante carta MLAB-AC-193-2013, Mercantil Laboratorio solicita a la Entidad como fecha para entregar los bienes el 20 de diciembre de 2013, y la Entidad responde mediante correo electrónico del 20 de diciembre de 2013, otorgando como fecha para realizar el acta de verificación el 23 de diciembre de 2013, aceptando esa solicitud.
- 3.15. Que las observaciones que se mantuvieron por parte de la posición no objetiva del área usuaria, eran que los equipos no cumplen con las características técnicas requeridas en relación a su forma de trabajo y uso, pero ello no es una falta óptima de fondo del funcionamiento de los equipos (como lo señaló el área usuaria), sino que los equipos cumplen con las mediciones y lecturas de los parámetros solicitados.
- 3.16. Que, por todos estos considerandos, Mercantil Laboratorio solicita que la Resolución n.º 011-2014-INGEMMET/OA debe dejarse sin efecto.

Posición del Ingemmet

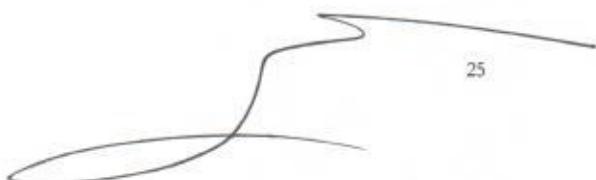
- 3.17. Que, no es cierto lo afirmado por Mercantil Laboratorios, cuando sostiene que la Entidad no actuó conforme a los lineamientos y ordenamientos



Árbitro Único
Mario Castillo Freyre

para la emisión de la Resolución n° 011-014-INGEMMET/OA, que resolvió el contrato n° 027-2013, al no poseer la motivación idónea.

- 3.18. Que Mercantil Laboratorio persistió en el incumplimiento de sus obligaciones, lo que finalmente incrementó el monto máximo de la penalidad y obligó al Ingemmet a resolver el contrato.
- 3.19. Que los aspectos incumplidos por Mercantil Laboratorio pueden esquematizarse de la siguiente manera:
 - Con fecha 29 de mayo de 2013 se suscribió el Contrato n° 027-2013, con la empresa Mercantil Laboratorios, para la adquisición de 9 equipos multiparámetros, por un monto contractual de S/. 73,800.00, cuyo plazo de ejecución se estableció en cuarenta días calendario.
 - Mediante Carta n° 154-INGEMMET/OA-UL, recibida el 14 de junio de 2013, se notificó a la Empresa Mercantil Laboratorios la Orden de Compra n.º 00431-2013, con la cual el plazo de ejecución se inició el 15 de junio de 2013.
 - Mediante Carta MLAB-AC-78-2013, recibida el 25 de julio de 2013, Mercantil Laboratorio solicitó una ampliación de plazo contractual hasta el 28 de agosto de 2013, señalando que su proveedor, Thermo Electro Corporation, les informó que la fecha de entrega había variado debido al retraso en la fabricación de los insumos que son parte integrante de los equipos.
 - Por Carta n.º 197-2013-INGEMMET/OA-UL, recibida el 8 de agosto de 2013, la Unidad de Logística comunicó a la empresa Mercantil



25

Árbitro Único

Mario Castillo Freyre

Laboratorio la aceptación de la ampliación del plazo contractual hasta el 28 de agosto de 2013.

- El 21 de agosto de 2013, con Guía de Remisión n° 007-0004017, ingresan al almacén del Ingemmet 9 equipos multiparámetros. Sin embargo, mediante Memorándum n.º 515-2013-INGEMMET/DRME, de fecha 30 de septiembre de 2013, la Dirección de Recursos Minerales y Energéticos, en su calidad de área usuaria, realizó observaciones a los referidos bienes.
- Mediante Carta Notarial n.º 007-2013-INGEMMET/OA-UL, recibida el 14 de octubre de 2013, se solicitó a Mercantil Laboratorios subsanar las observaciones, otorgándole un plazo de cinco días calendario.
- Mediante Memorando n.º 593-2013-INGEMMET, de fecha 6 de noviembre de 2013, la Dirección de Recursos Minerales y Energéticos del Ingemmet manifestó que subsistían las observaciones a los equipos ofrecidos por Mercantil Laboratorio y, por tanto, no satisfacen lo requerido por la Entidad en el proceso de selección.
- Mediante Carta MLAB-AC-173-2013, de fecha 26 de noviembre de 2013, Mercantil Laboratorio señaló que luego de contactarse con su proveedor Thermo Fisher, éste indicó que cada uno de los equipos cumple con la capacidad de almacenamiento de datos, por lo que solicitaron se realice la demostración correspondiente, solicitud que es reiterada por el Contratista mediante Carta MLAB-AC-183-2013, de fecha 3 de diciembre de 2013.
- Mediante Carta n° 0014-2013-INGEMMET/OA-UL, de fecha 6 de diciembre de 2013, diligenciada mediante conducto notarial, se requirió

Árbitro Único

Mario Castillo Freyre

a Mercantil Laboratorio a fin de que cumpla con sus obligaciones contractuales dentro de un plazo de dos días calendario, precisando que dicha comunicación es un preaviso para resolver el contrato.

- Mediante Memorando n° 026-2013-INGEMMET/OA, de fecha 14 de enero de 2014, la Unidad Logística informó que el 23 de diciembre de 2013, de la reunión sostenida con la empresa Mercantil Laboratorio en los almacenes de la Entidad, se procedió a verificar el cumplimiento de las especificaciones técnicas de los equipos; sin embargo, de dicha verificación el área usuaria mantuvo sus observaciones.
- 3.20. Que teniendo en cuenta que al 27 de diciembre de 2013 Mercantil Laboratorio no había cumplido con entregar los equipos a satisfacción del área usuaria, la Unidad de Logística del Ingemmet determinó que la empresa contratista llevaba acumulando sesenta y seis días de retraso en la entrega del bien, lo que representaba una penalidad ascendente a S/. 30,442.50, que excedía el 10% del monto máximo de penalidad, conforme a lo señalado en el artículo 165 del Reglamento de Ley de Contrataciones del Estado, motivo por el cual se procedió a resolver el Contrato n° 027-2013.
- 3.21. Que por ello se procedió a resolver el contrato, de conformidad con lo señalado en el numeral 2 del artículo 168 del Reglamento de Ley de Contrataciones del Estado, que establece que es causal de resolución del contrato, la acumulación del monto máximo de penalidad por mora en la ejecución de las presentaciones a cargo del Contratista.
- 3.22. Que cabe tener en cuenta que el artículo 169 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado prevé que «No será necesario efectuar un requerimiento previo cuando la resolución del contrato se deba a la

Árbitro Único

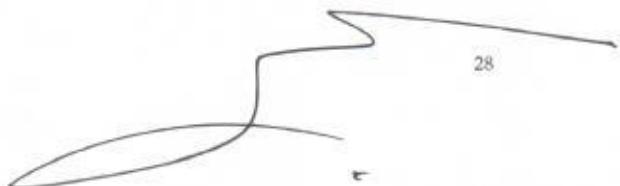
Mario Castillo Freyre

acumulación del monto máximo de penalidad por mora o por otras penalidades, o cuando la situación de incumplimiento no pueda ser revertida».

- 3.23. Que, por todo ello, la resolución declarada por el Ingemmet se encuentra totalmente motivada y justificada, en base a lo señalado.
- 3.24. Que, asimismo, cabe precisar que el Ingemmet no efectuó pago alguno a favor de Mercantil Laboratorio, por cuanto, como se ha señalado, fue dicha parte la que incumplió con sus obligaciones contractuales, por lo que nunca obtuvo conformidad del servicio de parte del área usuaria.

Posición del Árbitro Único

- 3.25. Que, a efectos de determinar si corresponde o no dejar sin efecto y/o declarar la nulidad de la Resolución n.º 011-2014-INGEMMET/OA, a través de la cual se dispuso la resolución del Contrato n.º 027-2013, por la causal de acumulación máxima de la penalidad por mora en la ejecución de la prestación, corresponde tener en cuenta algunas consideraciones generales relativas a:
 - a. Los hechos más importantes que se han producido y que resulta gravitante tener en cuenta, a efectos de resolver la presente controversia.
 - b. Si los bienes objeto del contrato han sido efectivamente entregados dentro de los parámetros establecidos para el cumplimiento de la obligación. En este caso, se pueden presentar dos supuestos:



Árbitro Único

Mario Castillo Freyre

b.1. Si los bienes han sido entregados de acuerdo a lo establecido en las bases y el contrato, entonces corresponderá analizar por qué no se otorgó la conformidad de los bienes.

b.2. Si los bienes no han sido entregados de acuerdo a lo establecido en las bases y el contrato, entonces corresponderá analizar si es que la resolución del contrato efectuada por la Entidad ha cumplido los requisitos legales establecidos para ello.

3.26. Que, el análisis de los puntos que hemos señalado, nos permitirá dar respuesta no sólo a la pretensión que es objeto de estudio, sino también a aquélla referida a: (i) determinar si corresponde o no que el Ingemmet acepte los nueve equipos multiparámetros que fueron objeto del Contrato; (ii) determinar si corresponde o no que el Ingemmet, una vez que haya aceptado los nueve equipos multiparámetros que fueron objeto del Contrato, otorgue su conformidad señalando que los equipos cumplen con los requisitos y especificaciones técnicas requeridas por el área usuaria; (iii) determinar si corresponde o no que el Ingemmet, una vez que haya aceptado los nueve equipos multiparámetros que fueron objeto del Contrato, realice el pago de los referidos equipos; y, (iv) determinar si corresponde o no que INGEMMET, una vez que haya aceptado los nueve equipos multiparámetros que fueron objeto del Contrato, exima del pago de la penalidad impuesta a Mercantil Laboratorio producto de la no conformidad efectuada por INGEMMET.

3.27. Que, en relación a los hechos más importantes de esta controversia, se ha probado que mediante Carta Notarial n.º 007-2013-IBNGEMMET/OA-UL, notificada el 14 de octubre de 2013 al Contratista, se le otorgó un plazo de cinco días calendario para que subsane las observaciones realizadas por el área usuaria, bajo apercibimiento de resolver el contrato.



29

Arbitro Único
Mario Castillo Freyre

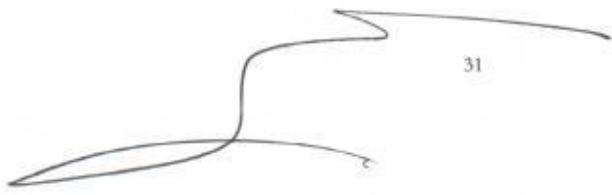
- 3.28. Que, ante ello, Mercantil Laboratorio, mediante Carta n.º MLAB-AC-140-2013, de fecha 16 de octubre de 2013, solicitó señalar día y hora para que puedan enviar a su personal técnico, con el objeto de subsanar las observaciones formuladas por el área usuaria.
- 3.29. Que ello se produjo con fecha 22 de octubre de 2013 en la sede de la Entidad, y participaron los representantes de Mercantil Laboratorio, del área usuaria del Ingemmet y del encargado de almacén.
- 3.30. Que dicha reunión dio origen a un Acta en la que se hace constar las diferencias detectadas en relación a lo ofrecido por Mercantil Laboratorio, las mismas que principalmente se refieren a lo siguiente:
 - Deficiencia n.º 01: El equipo no puede leer el parámetro OPR. Los Técnicos de Mercantil Laboratorio manifestaron que el equipo no cuenta con la sonda para medir dicho parámetro, y señalaron que harían entrega de la sonda en el menor tiempo posible.
 - Deficiencia n.º 02: El equipo no alcanza el almacenamiento de 12.600 datos que se definió en las bases. Los técnicos de la empresa señalaron que coordinarían para brindar 1800 lecturas (cada lectura contiene todos los parámetros, es decir un total de 12,600 datos).
- 3.31. Que, luego de ello, está probado que mediante Memorándum n.º 1749-2013-INGEMMET/OA-UL, la Unidad de Logística del Ingemmet solicitó a la Dirección de Recursos Minerales y Energéticos (que es el área usuaria), que emitía opinión en torno a las deficiencias descritas en el Acta de fecha 22 de octubre de 2013 y en torno a lo ofrecido por los técnicos de Mercantil Laboratorio.



Árbitro Único

Mario Castillo Freyre

- 3.32. Que, este Tribunal observa que en el Memorándum n.º 593-2013-INGEMMET, de fecha 6 de noviembre de 2013, la Dirección de Recursos Minerales y Energéticos, que es el área usuaria, manifestó que los equipos ofrecidos por Mercantil Laboratorio no satisfacen lo requerido por el Ingemmet.
- 3.33. Que con fecha 23 de diciembre de 2013, se produjo una nueva reunión en el almacén del Ingemmet, pero el área usuaria mantuvo sus observaciones y concluyó que no otorgaría su conformidad a los bienes presentados por Mercantil Laboratorio.
- 3.34. Que, ante estos hechos, la Entidad resuelve el Contrato mediante Carta Notarial n.º 0085-2014-INGEMMET/OA-UL, de fecha 19 de febrero de 2014.
- 3.35. Que, ahora bien, en relación a los bienes objeto del Contrato, se debe anotar que las especificaciones técnicas y requerimientos técnicos mínimos de las Bases Administrativas Integradas establecen, entre otras cosas, que:
 - La capacidad de almacenamiento de datos de 1800 lecturas (una lectura contiene todos los parámetros mencionados); y,
 - Los parámetros de medición: 01 pH, 01 Conductividad, 01 Salinidad, 01 ORP, 01 Temperatura, 01 Oxígeno disuelto.
- 3.36. Que a través del Memorándum n.º 515-2013-INGEMMET/DRME, de fecha 30 de septiembre de 2013, la Dirección de Recursos Minerales y Energéticos de la Entidad, en su calidad de área usuaria, comunicó su disconformidad con los equipos adquiridos. Ello se dio debido a las siguientes afirmaciones que dicha área realizó sobre los bienes entregados por Mercantil Laboratorio:



31

Árbitro Único

Mario Castillo Freyre

- Los equipos no toman las lecturas del parámetro ORP.
 - Los Equipos no cumplen con el almacenamiento mínimo de registros solicitados en el proceso de adquisición.
 - Los equipos no cumplen con los requisitos establecidos en las bases.
- 3.37. Que, ante estos hechos, cabe entonces analizar si es que, en efecto, Mercantil Laboratorio cumplió con entregar los equipos a los que se comprometió en virtud del Contrato celebrado con el Ingemmet. Así, luego de verificar si es que se cumplió en la forma en que dicha parte se había comprometido (esto es, con los bienes que ofreció), corresponde analizar si es que el cumplimiento con los bienes ofrecidos se produjo dentro del plazo establecido para ello. Dentro de tal orden de ideas, en primer lugar se analizará si los bienes que ofreció Mercantil Laboratorio cumplen o no con las especificaciones técnicas acordadas por las partes.
- 3.38. Que debe tenerse en cuenta que las Bases Administrativas Integradas establecen como especificaciones generales del equipo, lo siguiente:

Equipo portátil, ligero, compacto, y resistente a trabajos de campo, diseñado para lecturas en ríos, arroyos, lagos, relaves y afluentes. Debe tener la capacidad de tomar y almacenar lecturas de los siguientes parámetros como mínimo: pH, Conductividad, TDS, Salinidad, ORP, Temperatura y Oxígeno Disuelto. Las lecturas de los parámetros antes mencionados deben ser almacenadas con su respectivo código de muestreo (definido por usuario) además de la fecha y hora, para luego ser exportadas hacia una PC mediante un interfaz USB.

- Pantalla de medición programable.
- Peso menor a 2 Kg (incluyendo baterías y sonda).
- Capacidad de almacenamiento de datos de 1800 lecturas (una lectura contiene todos los parámetros mencionados).

Árbitro Único
Mario Castillo Freyre

- Protección impermeable (Norma IP 66).
 - Rango mínimo de operación de 0 °C a 30 °C.
 - Fácil calibración en campo.
 - Pilas Recargables.
- (Los subrayados son nuestros).

- 3.39. Que este Tribunal tiene como cierto que Mercantil Laboratorio ha reconocido que entregó los bienes de forma incompleta, ya que era necesario añadir una sonda para poder medir el parámetro ORP. De ahí que se sostenga y se haya probado que existía un problema con la lectura de dicho parámetro.
- 3.40. Que lo señalado implica que no al no funcionar los equipos de manera correcta, no pueda hablarse, en estricto, de un cumplimiento de obligación.
- 3.41. Que, asimismo, y considerando las especificaciones técnicas de los bienes objeto de la prestación, se tiene que el requerimiento fue por un equipo que permita almacenar 12,600 datos. Sin embargo, el equipo entregado por Mercantil Laboratorio tiene capacidad para 5,000 datos.
- 3.42. Que lo señalado encuentra sustento técnico en el Dictamen Pericial presentado por el Ingemmet mediante su escrito n.º 6, el cual fue materia de pronunciamiento por parte de Mercantil Laboratorio mediante su escrito n.º 9.
- 3.43. Que dicho Dictamen Pericial concluye en lo siguiente:

- Los nueve equipos multiparámetros para aguas superficiales entregados por Mercantil Laboratorio al Ingemmet, no pueden leer en forma simultánea los seis parámetros establecidos como

Árbitro Único

Mario Castillo Freyre

requerimientos mínimos del Ingemmet, los cuales están plasmados en las Bases Integradas – Adjudicación Directa Selectiva ADS n.º 014-2013-INGEMMET/CE, en el Capítulo III Especificaciones Técnicas y Requerimientos Técnicos Folio 28.

- Los nueve equipos multiparámetros para aguas superficiales entregados por Mercantil Laboratorio al Ingemmet, fueron entregados sin la sonda para medir el parámetro ORP.
 - Al inicio de la Diligencia Pericial de campo, los representantes de Mercantil Laboratorio entregaron al perito la sonda para medir el parámetro ORP. Con esta sonda se realizaron las pruebas de campo.
 - Los nueve equipos multiparámetros para aguas superficiales entregados por Mercantil Laboratorio al Ingemmet, no cumplen con los requerimientos mínimos solicitados por el Ingemmet mediante las Bases Integradas – Adjudicación Directa Selectiva ADS n.º 014-2013-INGEMMET/CE.
- 3.44. Que, inclusive, en la última reunión que se tuvo con el objeto de analizar si los bienes objeto del contrato cumplían con los requerimientos técnicos especificados, el área usuaria (esto es, la Dirección de Recursos Minerales y Energéticos) del Ingemmet continuó observando dichos bienes y concluyó que no otorgaría su conformidad.
- 3.45. Que, teniendo en cuenta estas consideraciones, el Tribunal considera que los bienes objeto del Contrato no fueron entregados de manera íntegra ni operativa, y su funcionalidad dependía de un aditamento que no fue entregado en tiempo oportuno (léase, las sondas que se requerían para la lectura, las mismas que no fueron entregadas de manera oportuna).
- 3.46. Que, el hecho de no haber entregado los bienes en la oportunidad acordada, lleva consigo la facultad que posee la Entidad de analizar y

Árbitro Único
Mario Castillo Freyre

verificar cuántos días de retraso en la ejecución de la prestación se han producido. En ese sentido, corresponde ahora analizar (ya que se tiene en cuenta que los bienes objeto del contrato no cumplían con los requerimientos establecidos en las bases) si el procedimiento de resolución del contrato ha sido el adecuado.

- 3.47. Que este Tribunal tiene como cierto el hecho de que la fecha en la que la prestación debía ser cumplida, era aquélla que a través de la Carta n.º 197-2013-INGEMMET/OA-UL, el Ingemmet comunica a Mercantil Laboratorio la aceptación de la ampliación del plazo contractual; esto es, la obligación tenía que ser cumplida hasta el 28 de agosto, inclusive.
- 3.48. Que el artículo 168 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, establece, en su inciso 2, lo siguiente:

Artículo 168.- Causales de resolución por incumplimiento

La Entidad podrá resolver el contrato, de conformidad con el inciso c) del artículo 40 de la Ley, en los casos en que el contratista:

[...]

2. Haya llegado a acumular el monto máximo de la penalidad por mora o el monto máximo para otras penalidades, en la ejecución de la prestación a su cargo; o

[...]

- 3.49. Que, es decir, según el citado supuesto, basta que se haya acumulado el monto máximo para que proceda la resolución de un contrato.
- 3.50. Que, en nuestro caso, ese monto tenía como límite el 10% del monto del contrato, vale decir que si se tiene en cuenta que el monto del Contrato

Árbitro Único
Mario Castillo Freyre

ascendía a la suma de S/. 73,800.00, el monto máximo estaba establecido en la suma de S/. 7,380.00.

3.51. Que, a estos efectos, debe tenerse en cuenta el artículo 165 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, que a la letra establece que:

Artículo 165.- Penalidad por mora en la ejecución de la prestación

En caso de retraso injustificado en la ejecución de las prestaciones objeto del contrato, la Entidad le aplicará al contratista una penalidad por cada día de atraso, hasta por un monto máximo equivalente al diez por ciento (10%) del monto del contrato vigente o, de ser el caso, del ítem que debió ejecutarse. Esta penalidad será deducida de los pagos a cuenta, del pago final o en la liquidación final; o si fuese necesario se cobrará del monto resultante de la ejecución de las garantías de fiel cumplimiento o por el monto diferencial de propuesta. En todos los casos, la penalidad se aplicará automáticamente y se calculará de acuerdo con la siguiente fórmula:

$$\text{Penalidad diaria} = \frac{0.10 \times \text{Monto}}{F \times \text{Plazo en días}}$$

Donde F tendrá los siguientes valores:

- a) Para plazos menores o iguales a sesenta (60) días, para bienes, servicios y ejecución de obras: $F = 0.40$.
- b) Para plazos mayores a sesenta (60) días:
 - b.1) Para bienes y servicios: $F = 0.25$.
 - b.2) Para obras: $F = 0.15$.

Tanto el monto como el plazo se refieren, según corresponda, al contrato o ítem que debió ejecutarse o, en caso que estos involucraran obligaciones de ejecución periódica, a la prestación parcial que fuera materia de retraso.

Árbitro Único

Mario Castillo Freyre

Cuando se llegue a cubrir el monto máximo de la penalidad, la Entidad podrá resolver el contrato por incumplimiento.

Para efectos del cálculo de la penalidad diaria se considerará el monto del contrato vigente.

- 3.52. Que, de la fórmula matemática citada, tomaremos como referencia la variable b.1, por cuanto el plazo de ejecución del contrato es de 75 días (es decir, se trata de un plazo mayor a 60 días), debido a que la prórroga solicitada por Mercantil Laboratorio fue aceptada, es decir, el Contrato ya no tenía un plazo de cuarenta días, sino más bien de setenta y cinco, el cual vencía el 28 de agosto. Así, el factor «F» equivaldrá a 0.25.
- 3.53. Que, bajo este esquema, y una vez realizada la operación matemática, se tiene que la penalidad por día de retraso en la entrega de los bienes ascendía a la suma de S/. 393.60, con lo que se tiene que una vez transcurridos diecinueve días de retraso, se llegaría a una penalidad de S/. 7,478.40, monto que sobrepasa el 10% del monto del Contrato (esto es, se sobrepasan los S/. 7,380.00).
- 3.54. Que, dentro de tal orden de ideas, se tiene que bastaba un retraso de diecinueve días en el cumplimiento de la obligación para que la Entidad, en aplicación de los citados preceptos legales del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, tenga expedito su derecho para resolver el Contrato.
- 3.55. Que, en ese sentido, dicho número de días dentro de los cuales Mercantil Laboratorio pudo cumplir con su obligación sin que se alcance el máximo del 10% al que hace referencia la norma (si se tiene en cuenta como fecha de cumplimiento máximo de la obligación el 28 de agosto de 2013), se cumplía el 16 de septiembre del año 2013.

Árbitro Único
Mario Castillo Freyre

- 3.56. Que, de los medios probatorios ofrecidos, no existe alguno que pueda demostrar de manera indubitable que haya existido un cumplimiento válido de la prestación objeto del Contrato por parte de Mercantil Laboratorio al 16 de septiembre del año 2013.
- 3.57. Que, más aún, debe tenerse en cuenta que Mercantil Laboratorio, en el documento en el que realiza la invitación a conciliar al Ingemmet (que es de fecha 26 de febrero de 2014), señala:

Que con fecha 22.10.2013 se procede a efectuar el acta de verificación de equipos Multiparámetros (sic) en el cual se efectuaron dos acciones concluyéndose por el área usuaria lo siguiente: a) Se procede (sic) si el equipo cuenta con la medición del parámetro ORP, como resultado ello se manifestó que el equipo no contaba con la sonda para medir el parámetro, al respecto señaló que mi representada haría la entrega de la sonda en el menor tiempo posible. B) se verificó que el equipo almacena 5000 datos, asimismo el servicio técnico determinó que se realizará las coordinaciones a fin de brindar 1800 lecturas. (El subrayado es nuestro).

- 3.58. Que se aprecia que es el propio Contratista el que deja establecido que al momento en que se realizó la verificación de los bienes objeto del contrato, no se contaba con la sonda que constituía parte integrante de dichos bienes. Es decir, los mismos no estaban con todos sus accesorios y no se cumplía con el principio de integridad en el pago de la obligación.
- 3.59. Que, ante este escenario, debe tenerse en cuenta lo establecido por el artículo 176 del Reglamento de Contrataciones del Estado, el cual establece, en relación a la recepción y conformidad, lo siguiente:

Árbitro Único
Mario Castillo Freyre

Artículo 176.- Recepción y conformidad

La recepción y conformidad es responsabilidad del órgano de administración o, en su caso, del órgano establecido en las Bases, sin perjuicio de lo que se disponga en las normas de organización interna de la Entidad.

La conformidad requiere del informe del funcionario responsable del área usuaria, quien deberá verificar, dependiendo de la naturaleza de la prestación, la calidad, cantidad y cumplimiento de las condiciones contractuales, debiendo realizar las pruebas que fueran necesarias.

[...]

De existir observaciones se consignarán en el acta respectiva, indicándose claramente el sentido de estas, dándose al contratista un plazo prudencial para su subsanación, en función a la complejidad del bien o servicio. Dicho plazo no podrá ser menor de dos (2) ni mayor de diez (10) días calendario. Si pese al plazo otorgado, el contratista no cumpliese a cabalidad con la subsanación, la Entidad podrá resolver el contrato, sin perjuicio de aplicar las penalidades que correspondan.

Este procedimiento no será aplicable cuando los bienes y/o servicios manifiestamente no cumplan con las características y condiciones ofrecidas, en cuyo caso la Entidad no efectuará la recepción, debiendo considerarse como no ejecutada la prestación, aplicándose las penalidades que correspondan.

Las discrepancias en relación a la recepción y/o conformidad, así como la negativa de la Entidad de efectuarlas podrán ser sometidas a conciliación y/o arbitraje dentro del plazo de quince (15) días hábiles de ocurrida la recepción, la negativa o de vencido el plazo para otorgar la conformidad, según corresponda.

La recepción conforme de la Entidad no enerva su derecho a reclamar posteriormente por defectos o vicios ocultos.



39

Árbitro Único

Mario Castillo Freyre

- 3.60. Que, en relación a esta norma, se deben tener en cuenta algunos de sus extremos.
- 3.61. Que, en principio, mediante Carta n° 0014-2013-INGEMMET/OA-UL, de fecha 6 de diciembre de 2013, el Ingemmet requirió a Mercantil Laboratorio que cumpla con sus obligaciones dentro de un plazo de dos días calendario, precisando que dicha comunicación es un preaviso para resolver el contrato.
- 3.62. Que, como se puede observar, se cumple el primer supuesto exigido por la norma contenida en el artículo 176 del Reglamento, y es que se otorgó un plazo (que no debía ser menor de dos ni mayor de diez días) de dos días para que Mercantil Laboratorio cumpla con lo que se obligó. Ello, bajo apercibimiento de resolver el contrato.
- 3.63. Que los bienes entregados no se encontraban en el supuesto en el que manifiestamente no cumplan con las características y condiciones ofrecidas. Tan es así que sí se produjo su recepción.
- 3.64. Que, si bien es cierto se entregaron los bienes, de los medios probatorios ofrecidos por las partes se tiene que no existe aquél en el que se otorgue la conformidad del área del Ingemmet que poseía las facultades para ello.
- 3.65. Que, a tales efectos, la norma resulta clara al señalar que las discrepancias en relación a la recepción y/o conformidad, así como la negativa de la Entidad para efectuarlas, podrán ser sometidas a conciliación y/o arbitraje.
- 3.66. Que, el mismo artículo 176 del Reglamento establece con claridad que si pese al plazo otorgado (en nuestro caso, los dos días), el contratista no

Árbitro Único

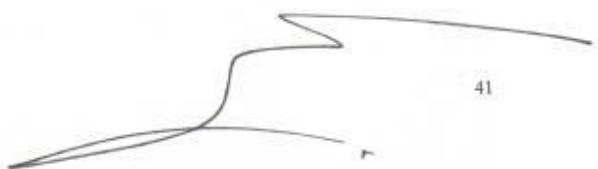
Mario Castillo Freyre

cumpliese a cabalidad con la subsanación, la Entidad podrá resolver el contrato.

- 3.67. Que la norma es clara al señalar que se podrá y no que se deberá resolver el contrato.
- 3.68. Que, en efecto, mediante carta notarial n.º 005-2014-INGEMMET/OA-UL, con fecha 18 de febrero de 2014 se notificó a Mercantil Laboratorio la Resolución n.º 011-2014-INGEMMET/OA, en la cual se dispone aprobar la resolución del contrato n.º 027-2013.
- 3.69. Que, teniendo en cuenta estas consideraciones, este Tribunal puede concluir en que: los bienes no poseían algunas de las características establecidas por las bases, la entrega de los mismos se hizo de manera incompleta, la resolución del Contrato operada por el Ingemmet ha cumplido con los requisitos establecidos por el Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, razón por la cual resulta válida y eficaz.
- 3.70. Que, ese orden de ideas, no corresponde dejar sin efecto y/o declarar la nulidad de la Resolución n.º 011-2014-INGEMMET/OA, a través de la cual se dispuso la resolución del Contrato n.º 027-2013, por la causal de acumulación máxima de la penalidad por mora en la ejecución de la prestación.

DETERMINAR SI CORRESPONDE O NO QUE INGEMMET ACEPTE LOS NUEVE (09) EQUIPOS MULTIPARÁMETROS QUE FUERON OBJETO DEL CONTRATO N.º 027-2013.

Posición del Árbitro Único



Árbitro Único

Mario Castillo Freyre

- 3.71. Que, teniendo en cuenta lo señalado en el considerando 3.26. del presente laudo arbitral (en el sentido de que lo analizado con ocasión del estudio del primer punto controvertido serviría, a su vez, para que este Tribunal se pronuncie, si ello fuera posible, sobre otros puntos controvertidos), y al haberse comprobado que la idoneidad e integridad en el pago de la prestación del Contrato no satisfizo los requerimientos exigidos por las bases, no corresponde que el Ingemmet acepte los nueve equipos multiparámetros que fueron objeto del Contrato n.º 027-2013.
- 3.72. Que, la fundamentación fáctica y jurídica para llegar a esta conclusión, se puede observar, principalmente, entre los considerandos 3.38. y siguientes, razón por la cual allí nos remitimos a efectos de no repetir conceptos.

DETERMINAR SI CORRESPONDE O NO QUE INGEMMET, UNA VEZ QUE HAYA ACEPTADO LOS NUEVE (09) EQUIPOS MULTIPARÁMETROS QUE FUERON OBJETO DEL CONTRATO N.º 027-2013, OTORGUE SU CONFORMIDAD SEÑALANDO QUE LOS EQUIPOS CUMPLEN CON LOS REQUISITOS Y ESPECIFICACIONES TÉCNICAS REQUERIDAS POR EL ÁREA USUARIA.

Posición del Árbitro Único

- 3.73. Que el supuesto de hecho que permitiría analizar este punto controvertido, se encuentra en que el Ingemmet haya aceptado los nueve equipos multiparámetros que fueron objeto del Contrato.
- 3.74. Que, como ya analizamos al momento de pronunciarnos en torno al primer punto controvertido, si bien es cierto existió una entrega de los bienes objeto del contrato, los mismos no cumplían con la función para la cual fueron adquiridos (de ahí que no exista la conformidad de parte del Ingemmet), razón por la cual no hubo cumplimiento de la obligación.



42

Árbitro Único
Mario Castillo Freyre

- 3.75. Que, por ello, no resulta válido que se exija que la Entidad dé su conformidad y que señale que los equipos cumplen con los requisitos y especificaciones técnicas requeridas por el área usuaria, por cuanto ello no se ha podido verificar en los medios probatorios aportados por las partes en este proceso arbitral.
- 3.76. Que, dentro de tal orden de ideas, no corresponde que el Ingemmet otorgue su conformidad, señalando que los equipos cumplen con los requisitos y especificaciones técnicas requeridas por el área usuaria.

DETERMINAR SI CORRESPONDE O NO QUE INGEMMET, UNA VEZ QUE HAYA ACEPTADO LOS NUEVE (09) EQUIPOS MULTIPARÁMETROS QUE FUERON OBJETO DEL CONTRATO N.º 027-2013, REALICE EL PAGO DE LOS REFERIDOS EQUIPOS.

Posición del Árbitro Único

- 3.77. Que, como este Tribunal ya mencionó, al ser analizados los primeros puntos controvertidos se llegó a la conclusión de que no existió cumplimiento de la obligación por parte de Mercantil Laboratorio, razón por la cual no cabría que se realice el pago de la totalidad de los equipos.
- 3.78. Que, en ese sentido, no corresponde que el Ingemmet realice el pago de los referidos equipos a Mercantil Laboratorio.

DETERMINAR SI CORRESPONDE O NO QUE INGEMMET, UNA VEZ QUE HAYA ACEPTADO LOS NUEVE (09) EQUIPOS MULTIPARÁMETROS QUE FUERON OBJETO DEL CONTRATO N.º 027-2013, EXIMA DEL PAGO DE LA PENALIDAD IMPUESTA A MERCANTIL LABORATORIO PRODUCTO DE LA NO CONFORMIDAD EFECTUADA POR INGEMMET.

Árbitro Único
Mario Castillo Freyre

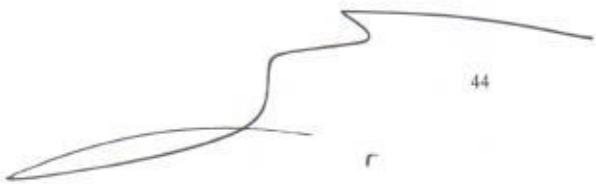
Posición del Árbitro Único

- 3.79. Que la Tercera Pretensión planteada por Mercantil Laboratorio en su escrito de demanda, señala expresamente lo siguiente:

TERCERA PRETENSIÓN

Que se realice el pago de los referidos equipos una vez aceptados
y se exima de penalidad a su representada ante la no conformidad
de parte del Ingemmet en tiempo y forma oportuna.

- 3.80. Que la primera parte de dicha pretensión ya fue objeto de pronunciamiento en el análisis del punto controvertido anterior.
- 3.81. Que la pretensión que representa el análisis de este punto controvertido, se refiere a la solicitud de parte de Mercantil Laboratorio de que se le exima del pago de la penalidad.
- 3.82. Que debe tenerse en cuenta que una cosa es solicitar que se exima del pago de algo, y otra, distinta, que se cuestione el contenido del pago, es decir, si el monto del mismo es adecuado y conforme a Derecho y a los hechos.
- 3.83. Que Mercantil Laboratorio ha solicitado expresamente que este Tribunal ordene que se le exima del pago de la penalidad.
- 3.84. Que teniendo en cuenta que se ha realizado una resolución válida y eficaz, corresponde que Mercantil Laboratorio cumpla con el pago exigido por la Entidad producto de la no conformidad efectuada sobre los bienes objeto del contrato.



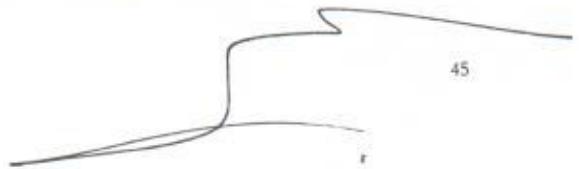
Árbitro Único
Mario Castillo Freyre

3.85. Que, dentro de tal orden de ideas, este Tribunal determina que no corresponde que se exima del pago de la penalidad impuesta a Mercantil Laboratorio producto de la no conformidad efectuada por el Ingemmet.

DETERMINAR SI CORRESPONDE O NO QUE MERCANTIL LABORATORIO PAGUE A INGEMMET UNA INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS ASCENDENTE A LA SUMA DE S/. 54,875.00 (CINCUENTA Y CUATRO MIL OCHOCIENTOS SETENTA Y CINCO CON 00/100 NUEVOS SOLES), ORIGINADA POR EL INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO N.º 027-2013, DE FECHA 29 DE MAYO DE 2013.

Posición del Ingemmet

- 3.86. Que Mercantil Laboratorio incumplió con sus obligaciones establecidas en el Contrato, dando lugar a que el Ingemmet resuelva el contrato por acumular el monto máximo de la penalidad en la ejecución de la prestación a su cargo, de conformidad a lo establecido en el Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.
- 3.87. Que Mercantil Laboratorio, con el incumplimiento de sus obligaciones, ha causado daños y perjuicios al Ingemmet, pues no cumplió con subsanar las observaciones efectuadas por el área usuaria a los equipos multiparámetros, de conformidad con las especificaciones técnicas, durante el tiempo de vigencia del contrato y perjudicando el desarrollo normal de las actividades y servicios institucionales de la Dirección de Recursos Minerales y Energéticos del Ingemmet.
- 3.88. Que conforme al artículo 1321 del Código Civil, queda sujeto a indemnización de daños y perjuicios quien no ejecuta sus obligaciones por dolo, culpa inexcusable o culpa leve.



Árbitro Único
Mario Castillo Freyre

- 3.89. Que el Arbitro Único debe declarar fundada la reconvención, debido a que Mercantil Laboratorio incumplió con sus obligaciones establecidas en el Contrato, dando lugar a que su parte resuelva el contrato por causa imputable al citado contratista.

Posición de Mercantil Laboratorio

- 3.90. Que en cuanto al daño y perjuicio ocasionado, Mercantil Laboratorio no ha ocasionado ningún daño, debido a que la falta de diligencia del Ingemmet fue el motivo de la resolución del contrato por acumulación de penalidades.
- 3.91. Que en cuanto a lo señalado respecto a que Mercantil Laboratorio ha perjudicado el desarrollo normal de las actividades y servicios institucionales de la Dirección de Recursos Minerales y Energéticos del Ingemmet, y ha originado los gastos en que la Entidad se ve inmersa ante el empleo de recursos humanos y materiales necesarios para su Defensa en el proceso arbitral, Mercantil Laboratorio sostiene que el perjuicio de la Entidad en sus actividades se debe exclusivamente a la negligencia de la misma área usuaria al momento de emitir su disconformidad y comunicar al área de logística que los equipos objeto del contrato no cumplían con lo requerido en un plazo mayor al previsto por la normativa de contrataciones del Estado.
- 3.92. Que, por ello, Mercantil Laboratorio solicita que la pretensión planteada por el Ingemmet sea declarada infundada.

Posición del Árbitro Único



Árbitro Único
Mario Castillo Freyre

- 3.93. Que, a efectos de resolver este extremo de la controversia, debe tenerse presente que un análisis de responsabilidad supone la verificación de dos momentos o etapas que implican un análisis *ex post facto*.
- 3.94. Que el primer momento es de análisis material, en donde debe evaluarse: el daño mismo, a fin de verificar si éste cumple con los requisitos exigidos por la norma para calificar como daño resarcible; luego, debe identificarse el hecho generador que lo provocó; posteriormente, analizar si existe relación de causalidad entre ambos eventos. Como resultado de esta actividad se logrará individualizar al causante del daño.
- 3.95. Que un segundo momento del análisis de responsabilidad se identifica en el denominado *juicio de responsabilidad*, que no es otra cosa que un análisis de imputabilidad y en donde se individualiza al sujeto que deberá asumir el coste del daño y, por lo tanto, asumir la calidad de responsable. En esta segunda etapa debe decidirse sobre el criterio de imputación a utilizarse.
- 3.96. Que, por lo tanto, dentro de la primera etapa del análisis de todo evento de responsabilidad, se involucran los elementos de ésta conocidos como el daño, el hecho generador y la relación de causalidad. Entre éstos, debe evaluarse, en primer lugar, si el daño cumple con determinados requisitos para calificar como daño resarcible, a saber: i) certeza; ii) subsistencia; iii) especialidad; y, iv) injusticia del daño.
- 3.97. Que, en segundo lugar, y siempre dentro del análisis material del evento de responsabilidad, debe evaluarse el hecho generador, que constituye aquel supuesto que en principio se considera como el antecedente material provocador del resultado dañoso. Dicho concepto guarda íntima relación con el de relación de causalidad, por cuanto en verdad se determina el hecho generador del daño luego de haberse realizado un análisis en

Árbitro Único
Mario Castillo Freyre

retrospectiva que permita, justamente, identificar dicho hecho, es decir, luego de haber evaluado (retrospectivamente) los posibles eventos que pudieron provocar el menoscabo en el interés de la víctima, utilizando para ello el razonamiento causal permitido por la norma para un determinado régimen de responsabilidad.

- 3.98. Que en la segunda etapa de análisis de imputabilidad, corresponde evaluar si conforme a la normatividad del caso debe aplicarse un criterio de imputación subjetivo u objetivo, debiéndose adelantar que, en lo que respecta a la responsabilidad contractual, la normatividad peruana ha acogido casi en su totalidad un criterio de imputación subjetivo, basado en la culpa.
- 3.99. Que debe tenerse presente que, en vista de que el primero de todos los elementos de la responsabilidad civil antes citados es el daño, si él no es acreditado en su certeza fáctica y su certeza lógica, no tiene sentido mover todo el aparato de la responsabilidad civil, pues se concluirá que no existe daño que se tenga que resarcir. En tal sentido, se desarrollará los alcances de las nociones de daño emergente, lucro cesante y daño no patrimonial, a efectos de determinar si en el presente caso el Ingemmet cumplió con acreditar los daños que invoca en su pretensión reconvencional.
- 3.100. Que, en tal sentido, debe señalarse que el daño es conceptualizado de manera general como todo perjuicio o menoscabo que sufre un individuo, ya sea en su entidad psicosomática o en su patrimonio. En tal sentido, el daño implica una calificación que realiza un sujeto respecto a las consecuencias que conlleva un determinado evento respecto a su situación



A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Mario Castillo Freyre', is positioned at the bottom left of the page. To its right is a large, stylized, handwritten mark that looks like a 'G' or a 'J'.

Árbitro Único

Mario Castillo Freyre

precedente, es decir, luego de la formulación de un juicio de disvalor sobre el suceso dañoso y, por lo tanto, sobre la exigencia de intervenir.¹

3.101. Que, respecto al requisito de la certeza del daño, debe indicarse que este requisito requiere la demostración del daño como suceso, entendido éste de manera fáctica como lógica. Este Tribunal considera necesario que se realice la distinción entre daño emergente y lucro cesante con relación a este requisito, al ser diferente el tipo de certeza requerida para la demostración sobre los alcances del daño, aun cuando estos dos aspectos del daño resarcible están más bien referidos al contenido del resarcimiento y, por ende, vinculados al principio de la reparación integral acogido en la primera parte del artículo 1321 del Código Civil.²

3.102. Que, en efecto, en lo que respecta al concepto de daño emergente, en cuanto a su diferenciación con el concepto de lucro cesante, debe tenerse presente que es específico en la doctrina reconocer que el daño al patrimonio abarca, en principio, esos dos grandes conceptos. Por daño emergente debe entenderse el empobrecimiento que sufre el damnificado como consecuencia directa y súbita del daño; esto es, que dicho evento sustrae una entidad que ya tenía el damnificado³ o, lo que es lo mismo, al momento del siniestro, el damnificado sufre una pérdida de valores que ya tenía y que bien está representada en los gastos afrontados.⁴ En cambio, por lucro cesante debe entenderse todo aquello que ha sido o será dejado

¹ Cfr. SALVI, Cesare. "El Daño" En *Estudios sobre la Responsabilidad Civil*. Traducción y edición al cuidado de Leysser L. León. Lima: ARA Editores, 2001, p. 286.

² Cfr. PINORI, Alexandra y Elizabetta CORRADI. "Il Principio della Riparazione Integrale dei Danni". En *Risarcimento del Danno Contrattuale ed Extracontrattuale* a cura di Giovanna Visintini. Dott. A. Milano: Giuffrè Editore, 1999, pp. 41 y 42.

³ Cfr. FRANZONI, Massimo. *Il Danno al Patrimonio*. Milano: Giuffré Editore, 1996, p. 179.

⁴ IDEM, p. 181.

Árbitro Único
Mario Castillo Freyre

de ganar a causa del acto dañino⁵; esto es, que dicho evento impide que nuevos elementos o nuevas utilidades sean adquiridas y gozadas por el damnificado o, lo que es lo mismo, lo que el damnificado, desde el momento del siniestro, no conseguirá más, respecto a las utilidades que normalmente lo habrían beneficiado.⁶

3.103. Que resulta entonces claro para la doctrina el entendimiento uniforme que el daño emergente representa siempre la pérdida de una utilidad que el damnificado ya tenía al momento de acontecer el daño, mientras que el lucro cesante se refiere a una utilidad que el damnificado presumiblemente hubiera adquirido en el futuro de no haber acaecido el evento dañoso.

3.104. Que, en este sentido, para la procedencia de la indemnización del daño resarcible, en sus manifestaciones de daño emergente y lucro cesante, cobra especial relevancia la probanza de la certeza del daño, lo que significa decir que los únicos daños resarcibles serán los daños que tengan certeza fáctica y lógica y, además, hayan sido probados en su existencia.

3.105. Que lo anteriormente señalado, significa entonces que la problemática de la certeza del daño, en cuanto requisito del daño resarcible, apunta a la probanza de la existencia del daño (*el quid*) y no a su monto o cuantía; problemática ésta (*la del quantum*) vinculada más bien a la de la extensión del daño resarcible. La certeza del daño equivale, pues, a su existencia, la cual debe ser probada tanto como:

⁵ Cfr. DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. *La Responsabilidad Extracontractual*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, tomo II, 1988, p. 37.

⁶ Cfr. FRANZONI, Massimo. *Op. cit.*, p. 181.

Árbitro Único

Mario Castillo Freyre

- Acaecer fáctico; esto es, como suceso que provocará la privación efectiva de un bien jurídico⁷; y como,
- Acaecer lógico; esto es, que el daño, como hecho consecuencia, sea una derivación necesaria del hecho que lo produjo (hecho causal).

3.106. Que, en este orden de ideas, la certeza del daño no significa que el daño sea actual, sino que su existencia pueda ser apreciada por el juzgador, sea porque ya se dio, o porque es desarrollo y consecuencia lógica de un hecho determinado. La certeza del daño, comprende tanto al denominado *daño actual*, como al denominado *daño futuro* y, en ambos casos, significa comprobación fáctica y lógica: como suceso materialmente producido y como consecuencia necesaria del hecho causal. En palabras de Zannoni, la certidumbre del daño constituye siempre una constatación de hecho actual que proyecta, también al futuro, una consecuencia necesaria.⁸

3.107. Que por estas razones, queda excluido como daño resarcible el denominado *daño eventual* o *hipotético*, entendido como aquél que depende de acontecimientos imposibles de apreciar o determinar como consecuencia lógica y natural del hecho dañoso, lo que significa que el daño, como evento resultado, será material y lógicamente imposible de ser probado.

3.108. Que, por lo dicho, resulta evidente que, tratándose del resarcimiento del daño emergente y el lucro cesante, el actor debe aportar la prueba de la certeza del daño, sin olvidarse de que dicha prueba, no guarda la misma proporcionalidad en uno y en otro. La certeza del daño emergente, toda vez que éste se trata de un evento que sustrae una entidad o utilidad que

⁷ Cfr. ZANNONI, Eduardo. *El Daño en la Responsabilidad Civil*. 2^a edición. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1987, p. 51.

⁸ ÍDEM, p. 52.

Árbitro Único

Mario Castillo Freyre

ya tenía el damnificado antes de la comisión del daño, apunta justamente a la necesidad de probanza de la existencia de dicha utilidad al momento del daño y su consecuente pérdida. En cambio, la probanza de la certeza del lucro cesante, no puede estar referida a acreditar la existencia de utilidades perdidas que no se tenían al momento del siniestro. Más bien, como ha afirmado Franzoni:

En el lucro cesante, la prueba que va dada a los fines de la certeza del daño, no se refiere al lucro en sí, sino a los presupuestos y requisitos necesarios a fin de que se produzca. La certeza de la falta de ganancia no puede jamás ser obtenida del mismo modo que para las pérdidas sufridas, dado que estas últimas existen ya al momento del siniestro en el patrimonio del damnificado, mientras que el lucro cesante no ha entrado ni entrará en su patrimonio, sino en la forma de resarcimiento. Certeza del daño con relación al lucro cesante significa, pues, garantía acerca de la subsistencia de los presupuestos para su producción a futuro.⁹

3.109. Que, en consecuencia, en lo que atañe al lucro cesante, la doctrina consultada es unánime al señalar que constituye principio básico para su determinación que éste se delimita por un *juicio de probabilidad*. A estos efectos, el profesor Santos Briz ha señalado que a diferencia del daño emergente, daño real y efectivo, el *lucrum cessans* se apoya en la presunción de cómo se habrían sucedido los acontecimientos en caso de no haber tenido lugar el acontecimiento dañoso. Ese juicio de probabilidad plantea el problema del momento en que ha de hacerse, por quién ha de ser hecho y con qué criterio ha de hacerlo. En cuanto al primer punto, también a diferencia del daño emergente que se produce en el momento del hecho

⁹ Cfr. FRANZONI, Massimo. "Fatti Illeciti". *Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca*. A cura di Francesco Galgano. Libro quarto: Obbligazioni art. 2043-2059. Roma: Zanichelli Editore e Il Foro Italiano, 1993, p. 823.

Árbitro Único
Mario Castillo Freyre

que lo causa, para el lucro cesante ha de esperarse el curso ulterior de los sucesos. Este pronóstico ulterior nos ha de llevar a concretar un interés cierto del perjudicado, ya que no pueden protegerse intereses inseguros o inciertos, pero cuidando de no exigir una certeza absoluta incompatible con el concepto de 'ganancia frustrada'.¹⁰

3.110. Que, de conformidad a lo antes indicado, resulta entonces evidente que el objeto de la prueba a que queda sometida la víctima en materia de responsabilidad es diversa, según se trate de la probanza del daño emergente o del lucro cesante. Se puede decir que en la hipótesis de pérdidas sufridas ya producidas al momento del juicio, la prueba del damnificado asumirá normalmente las formas de la prueba directa e histórica. Esto es, tenderá a demostrar exactamente el *quantum* del empobrecimiento. Cuando el daño se presente bajo la forma de falta de ganancia y permanezca por el tiempo sucesivo al juicio, la prueba es indirecta y de naturaleza tal que le suministre los elementos necesarios al Juez que le permita sacar sus propias conclusiones.¹¹ Bien ha escrito Graziani al respecto, refiriéndose al lucro cesante, indicando que el hecho constitutivo necesario para hacer nacer el derecho al resarcimiento, no es el hecho de la falta de ganancia en sí, que no tiene existencia como tal, sino son los hechos constitutivos del derecho al resarcimiento, los hechos constitutivos del lucro. Estos son solamente los que deben ser probados por el actor; al demandado, cuando intenta sustraerse a la obligación del resarcimiento, incumbe la prueba de los hechos impeditivos.¹²

¹⁰ Cfr. SANTOS BRIZ, Jaime. *La Responsabilidad Civil*. Madrid: Editorial Montecorvo S.A., 1986, p. 267.

¹¹ Cfr. FRANZONI, Massimo. *Il Danno al Patrimonio*. Op. cit., pp. 426 y 427.

¹² Cfr. GRAZIANI, Alessandro. "Appunti sul Lucro Cessante". En *Annali Istituto Giuridico Università di Perugia*. Anni 1923-1924. VII-VIII. Perugia: Tipografia Guerra, p. 179.

Árbitro Único
Mario Castillo Freyre

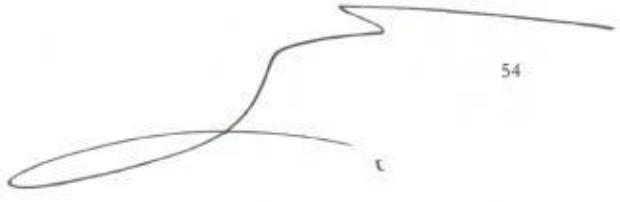
- 3.111. Que queda claro, entonces, que el requisito de la certeza del daño presenta diferencias, según se trate de la probanza del daño emergente o del lucro cesante. Tratándose de la prueba del daño emergente, se aporta una prueba histórica directa, dirigida a acreditar la existencia del daño como suceso que sustrae una entidad que la víctima ya poseía al momento de acaecer el daño. Por ello, normalmente (aunque no siempre), con esta prueba se acredita no sólo el *quid*, sino el *quantum* del daño. En cambio, tratándose de la probanza del lucro cesante, éste queda circunscrito a la probanza de los hechos constitutivos del lucro; esto es, a las circunstancias que motivan la falta de ganancia.
- 3.112. Que, de la pretensión contenida en la reconvención del Ingemmet, se observa que dicha parte solicita el pago de una indemnización y ampara su pretensión en el contenido del artículo 1321 del Código Civil, norma que prescribe que:

Artículo 1321. - Queda sujeto a la indemnización de daños y perjuicios quien no ejecuta sus obligaciones por dolo, culpa inexcusable o culpa leve.

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

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

- 3.113. Que, sin embargo, y como ya se ha manifestado, constituye un elemento esencial a efectos de atribuir responsabilidad el que el daño sea efectivamente acreditado.



Árbitro Único
Mario Castillo Freyre

3.114. Que en el caso bajo estudio, el Ingemmet no ha probado el daño que aparentemente le ha causado Mercantil Laboratorio. Es decir, de los medios probatorios aportados por dicha parte a este proceso, no se observa alguno que de manera directa demuestre tales hechos.

3.115. Que, dentro de tal orden ideas, y al margen de que conceptualmente se indique que ha existido un daño causado por el incumplimiento contractual en que se ha visto inmerso Mercantil Laboratorio, al no cumplir con las prestaciones a las que se ha obligado, este Tribunal no ha podido corroborar la probanza del daño.

3.116. Que no existe, pues, la acreditación de la certeza fáctica del daño, razón por la cual no tiene sentido mover todo el aparato de la responsabilidad civil, pues se concluirá que no existe daño que se tenga que resarcir.

3.117. Que, en efecto, respecto al requisito de la certeza del daño, en nuestro caso se observa que el mismo no se ha demostrado.

3.118. Que en nuestro caso, la víctima no ha acreditado el daño como evento, es decir, como acaecer fáctico en términos materiales (sustentados en pruebas), sino meramente argumentativos.

3.119. Que, en ese orden de ideas, no corresponde que Mercantil Laboratorio pague al Ingemmet una indemnización por daños y perjuicios ascendente a la suma de S/. 54,875.00, originada por el incumplimiento del Contrato n.º 027-2013, de fecha 29 de mayo de 2013.

DETERMINAR A QUIÉN Y EN QUÉ PROPORCIÓN CORRESPONDE ASUMIR LOS COSTOS ARBITRALES IRROGADOS EN EL PRESENTE PROCESO.

Árbitro Único

Mario Castillo Freyre

Posición del Árbitro Único

- 3.120. Que, en cuanto a los costos del arbitraje, el artículo 70 del Decreto Legislativo n.º 1071, dispone que el árbitro 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.
- 3.121. Que los costos incluyen (i) los honorarios y gastos del Árbitro Único; (ii) los honorarios y gastos del secretario; (iii) los gastos administrativos de la Secretaría Arbitral; (iv) los honorarios y gastos de los peritos o de cualquier otra asistencia requerida por el tribunal arbitral; (v) los gastos razonables incurridos por las partes para su defensa en el arbitraje; (vi) los demás gastos razonables originados en las actuaciones arbitrales.
- 3.122. Que el Contrato (donde se encuentra contenido el convenio arbitral) no regula el tema de los costos arbitrales. Ahí únicamente se hace referencia al sometimiento de las partes a esta jurisdicción.
- 3.123. Que, en ese sentido, atendiendo a la inexistencia de pacto entre las partes (en torno a la distribución de los costos arbitrales), y considerando el resultado o sentido de este laudo, y, en razón a que el Árbitro Único estima el comportamiento procesal de las partes, a efectos de regular el pago de tales conceptos, es razonable:
- (i) Que cada una de las partes asuma los honorarios por concepto de defensa legal en los que hubiera incurrido o se hubiera

Árbitro Único
Mario Castillo Freyre

comprometido a pagar.

- (ii) Que cada una de las partes asuma los honorarios del Árbitro Único y del secretario arbitral, y de los gastos que este arbitraje ha originado.

3.124. Que, a efectos del pago de los honorarios del Árbitro Único y de la secretaría arbitral, se debe tener presente la siguiente liquidación:

LIQUIDACIÓN POR INSTALACIÓN

Honorarios del Árbitro Único: S/. 8,179.00 netos

Honorarios de la Secretaría Arbitral: S/. 4,157.50 netos

Cada parte asumió el 50%

En consecuencia, y conforme al estado del proceso, el Árbitro Único **LAUDA**:

PRIMERO: Declarar **INFUNDADA** la primera pretensión de la demanda de Mercantil Laboratorio.

SEGUNDO: Declarar **INFUNDADA** la segunda pretensión de la demanda de Mercantil Laboratorio.

TERCERO: Declarar **INFUNDADA** la tercera pretensión de la demanda de Mercantil Laboratorio.

CUARTO: Declarar **INFUNDADA** la primera pretensión principal de la reconvenCIÓN del Ingemmet.

QUINTO: En cuanto a los costos arbitrales, el Tribunal Arbitral ordena lo siguiente:



Árbitro Único
Mario Castillo Freyre

- (i) Que cada una de las partes asuma los honorarios por concepto de defensa legal en los que hubiera incurrido o se hubiera comprometido a pagar.
- (ii) Que cada una de las partes asuma, en partes iguales, los honorarios del Árbitro Único y del secretario arbitral, y, en general, de los gastos que este arbitraje ha originado.


MARIO CASTILLO FREYRE
Árbitro Único


JHOEL CHIPANA CATALÁN
Secretario Arbitral