

Exp. N° 556-137-14

**LUIS ARAGON GRANEROS - EMPRESA DE GENERACIÓN ELECTRICA
MACHUPICCHU S.A.**

LAUDO ARBITRAL

DEMANDANTE: **Luis Aragón Graneros** (en adelante, Luis Aragón o Demandante)

DEMANDADO: **EMPRESA DE GENERACIÓN ELÉCTRICA
MACHUPICCHU** (en adelante EGEMSA o Demandado)

TIPO DE ARBITRAJE: Institucional y de Derecho.

ÁRBITRO ÚNICO: Diego Zegarra Valdivia

SECRETARIA ARBITRAL: Silvia Rodríguez Vásquez

Resolución N° 21

En Lima, a los 23 días del mes de mayo del año dos mil diecisiete, el Árbitro Único, luego de haber realizado las actuaciones arbitrales de conformidad con la ley y las normas establecidas por las partes, escuchados los argumentos sometidos a su consideración y deliberado en torno a las pretensiones planteadas en la demanda, la contestación de la demanda, la reconvencción y la contestación de la reconvencción, dicta el siguiente laudo para poner fin, por decisión de las partes, a la controversia planteada.

I. Existencia del Convenio Arbitral e Instalación del Tribunal Arbitral**1.1 El Convenio Arbitral**

Está contenido en la Cláusula Décimo Sexta del Contrato N° 01-2010: "Contrato de servicio de ejecución de aforos y mejoramiento de estaciones linnimétricas en el río Aobamba", celebrado con fecha 6 de enero de 2010 (en adelante, el Contrato).

1.2 Instalación del Tribunal Arbitral Unipersonal

Con fecha 4 de febrero de 2015, se realizó la Audiencia de Instalación del Tribunal Unipersonal, constituido por la doctora Giovanna Sansotta Gutierrez, en su calidad de Árbitro Único; con la asistencia de Luis Aragón, donde se fijaron las reglas aplicables al presente arbitraje.

Asimismo, se dejó constancia de la inasistencia de EGEMSA, pese a estar debidamente notificada, por lo que se le notificó el Acta de Instalación mediante una comunicación de Secretaria Arbitral con fecha 6 de febrero de 2015.

De otro lado, corresponde precisar que mediante el escrito presentado con fecha 6 de abril de 2015, la doctora Giovanna Sansotta Gutierrez renunció al cargo asignado en calidad de Árbitro Único.

En ese sentido, a través de la Resolución Administrativa N° 1 de fecha 19 de junio de 2015, la Corte de Arbitraje del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la PUCP resolvió aceptar la renuncia señalada y procedió a designar al doctor Diego Zegarra Valdivia como Árbitro Único sustituto.

Posteriormente, mediante el escrito presentado con fecha 30 de junio de 2015, el doctor Diego Zegarra Valdivia comunicó su aceptación a la designación como Árbitro Único en el presente proceso, lo cual fue puesto en conocimiento de ambas partes, para los fines pertinentes.

Finalmente, a través de la Resolución N° 3 de fecha 20 de julio de 2015, se declaró reconstituido el Tribunal Unipersonal, reanudándose el trámite del proceso arbitral.

II. Normatividad aplicable al arbitraje

Será de aplicación al presente proceso el Reglamento de Arbitraje del CENTRO (en adelante, el REGLAMENTO), el Decreto Legislativo N° 1017, Ley de Contrataciones del Estado (en adelante, LCE) y su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 184-2008-EF (en adelante, RLCE) y, en forma supletoria, el Decreto Legislativo N° 1071, Decreto Legislativo que norma el Arbitraje (en adelante, simplemente LA).

En caso de discrepancias de interpretación o de insuficiencia de las reglas que anteceden, el Árbitro Único resolverá en forma definitiva, del modo que considere apropiado.

III. De la Demanda Arbitral presentada por Luis Aragón

- 3.1. Mediante escrito de fecha 18 de febrero de 2015, Luis Aragón interpone la demanda arbitral contra EGEMSA, señalando como pretensiones las siguientes:

PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL: *Que se declare consentida la resolución del Contrato de Servicio N° 01-2010, para la Ejecución de Aforos y Mejoramiento de Estaciones Linnimitricas en el Río Aobamba, formulada por el Ing. LUIS ARAGON GRANEROS mediante Carta Notarial N° 003-2014-LAG/AL de fecha 11 de septiembre de 2014.*

PRETENSIÓN SUBORDINADA A LA PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL: *Que se ratifique la resolución del Contrato de Servicio N° 01-2010, para la Ejecución de Aforos y Mejoramiento de Estaciones Linnimitricas en el Río Aobamba, formulada por el Ing. LUIS ARAGON GRANEROS mediante Carta Notarial N° 003-2014-LAG/AL de fecha 11 de septiembre de 2014.*

SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL: *Que se ordene a EGEMSA pagar al señor Luis Aragón Graneros indemnización de daños y perjuicios, como consecuencia de la resolución del Contrato de Servicio Nro 01-2010, por los siguientes conceptos:*

Daño Emergente:

- *El pago de los servicios ejecutados correspondientes al cuarto informe del Contrato, el cual asciende a la suma de S/. 26.000.00 (Veintiséis Mil con 00/100 Nuevos Soles).*
- *Intereses legales correspondientes al cuarto pago, los cuales deben ser computados desde el 23 de julio de 2014 hasta la fecha efectiva en que se pague el capital.*
- *El pago de los servicios ejecutados, correspondientes al quinto informe del Contrato, el cual asciende a la suma de S/. 26.000.00 (Veintiséis Mil con 00/100 Nuevos Soles).*

- *Intereses legales correspondientes al quinto pago, los cuales deben ser computados desde el 02 de septiembre de 2014 hasta la fecha efectiva en que se pague el capital.*
- *Gastos financieros por las sucesivas renovaciones de la carta fianza N° 005324 de fiel cumplimiento.*

Lucro cesante:

- *Cuyos rubros y montos nos reservamos de señalar y acreditar mediante escrito posterior.*

TERCERA PRETENSION PRINCIPAL: *Que se ordene a EGEMSA la devolución de la Garantía de Fiel Cumplimiento, constituida por la Carta Fianza N° 005324, ascendente a la suma de S/. 26.000.00 (Veintiséis Mil con 00/100 Nuevos Soles), como consecuencia de la conclusión del Contrato de Servicio N° 01-2010, para la Ejecución de Aforos y Mejoramiento de Estaciones Linnimitricas en el Río Aobamba.*

CUARTA PRETENSION PRINCIPAL: *Que se ordene a EGEMSA pagar las costas y costos del presente proceso arbitral.*

Respecto de los Antecedentes:

- 3.2. El Demandante manifiesta que EGEMSA convocó al Proceso de Adjudicación Directa Publica N° 002-2009-EGEMSA, para el servicio de Ejecución de Aforos y Mejoramiento de Estaciones Linnimitricas en el Río Aobamba, obteniendo de esta manera la buena pro y, posteriormente, con fecha 06 de enero de 2010, suscribir el Contrato.
- 3.3. Es así que el 26 de marzo de 2010, conjuntamente con EGEMSA, según manifiesta el Demandante, suscribieron la primera adenda del contrato, con el propósito de suspender el plazo de ejecución por el periodo comprendido entre el 26 de marzo de 2010 hasta el 30 de mayo de 2010.
- 3.4. Del mismo modo, el 29 de noviembre de 2010, se suscribió la segunda adenda al contrato, con el propósito de suspender su plazo de ejecución por el periodo comprendido entre el 22 de noviembre de 2010 hasta el 31 de mayo de 2011.
- 3.5. Posteriormente, el 31 de mayo de 2011 se suscribió la tercera adenda al contrato, con el propósito de suspender su plazo de ejecución por el periodo comprendido entre el 22 de noviembre de 2010 hasta el 30 de junio de 2011.
- 3.6. Finalmente, el 11 de julio de 2011, las partes suscribieron la cuarta adenda al contrato, con el propósito de suspender su plazo de ejecución por el periodo comprendido entre el 01 de julio de 2011 hasta el 30 de julio de 2011.
- 3.7. El Demandante manifiesta que cumplió con presentar los informes N° 1, N° 2 y N° 3, así como los informes mensuales establecidos en el contrato, entre julio de 2011

y julio de 2014, los mismos que fueron aprobados por parte de EGEMSA y debidamente cancelados en su oportunidad.

- 3.8. Mediante Carta N°EAA-014-2014/LC/SB de fecha 22 de julio de 2014, el Demandante manifiesta que EGEMSA otorgó la conformidad del servicio contratado respecto al Informe N° 4, conforme a lo establecido en las cláusulas octava y décimo primera del Contrato.
- 3.9. Así, el 23 de julio de 2014, el Demandante refiere que solicitó a EGEMSA el pago correspondiente al informe N° 4, ascendente a la suma de S/. 26.000.00 (Veintiséis Mil con 00/100 Nuevos Soles).
- 3.10. Mediante Carta N°EAA-020-2014/LC/SB de fecha 15 de agosto de 2014, el Demandante refiere que EGEMSA señaló que no podía efectuar el pago señalado, debido a que se encontraban bajo un examen especial de auditoría interna.
- 3.11. A pesar de ello, y a efectos de cumplir con todas las obligaciones contractuales, el 21 de agosto de 2014, el Demandante asevera que presentó a EGEMSA el informe N° 5 y dejó constancia que se habían absuelto todas las observaciones y formula ajustada con los registros mensuales realizadas por EGEMSA, conforme a la cláusula octava del Contrato.
- 3.12. Con fecha 25 de agosto de 2014, el Demandante refiere que solicitó nuevamente a EGEMSA el pago correspondiente al cuarto informe.
- 3.13. Mediante Carta N°EAA-023-2014/LC/SB, de fecha 01 de septiembre de 2014, EGEMSA señaló nuevamente que no le era posible efectuar el pago por las razones antes expuestas.
- 3.14. Con fecha 02 de septiembre de 2014, el demandante comunicó a EGEMSA que el informe N° 5, había quedado aprobado automáticamente, por no haberse pronunciado dentro de los diez (10) días de presentado. En ese sentido, el 3 de septiembre de 2014, solicitó a EGEMSA el pago correspondiente, el cual asciende a la suma de S/. 26.000.00 (Veintiséis Mil con 00/100 Nuevos Soles).
- 3.15. Sin embargo, mediante Carta N°EAA-024-2014/LC/SB de fecha 03 de septiembre de 2014, EGEMSA señaló nuevamente que no le era posible efectuar el pago y que se encontraban revisando el informe.
- 3.16. Por ello, mediante Carta Notarial N° 002-2014-LAG/AL de fecha 05 de septiembre de 2014, el Demandante menciona que requirió a EGEMSA para que cumpla con cancelarle en un plazo máximo de tres (03) días los pagos correspondientes a los informes N° 4 y N° 5, bajo apercibimiento de resolver el Contrato.
- 3.17. Mediante Carta N°EAA-025-2014/LC/SB recibida el 09 de septiembre de 2014, EGEMSA efectuó una serie de observaciones al quinto informe, pese a haber transcurrido en exceso el plazo de diez (10) días previsto por ley.

- 3.18. Al respecto, habiendo vencido el plazo otorgado, sin que EGEMSA haya cumplido con efectuar los pagos antes señalados, el Demandante mediante Carta Notarial N° 003-2014-LAG/AL de fecha 11 de septiembre de 2014, resuelve el Contrato.
- 3.19. Asimismo, refiere que al 03 de octubre de 2014 quedó consentida la resolución del contrato, al no haber EGEMSA sometido a conciliación y/o arbitraje la controversia relacionada a la resolución del contrato, dentro del plazo de caducidad establecido en el último párrafo del artículo 170° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.
- 3.20. Finalmente, con fecha 29 de octubre de 2014, señala que inicia el arbitraje contra EGEMSA.

De los Fundamentos de Hecho y de Derecho de la Primera Pretensión Principal:

- 3.21. El Demandante indica que mediante Carta Notarial N° 002-2014-LAG/AL de fecha 05 de septiembre de 2014, requirió a EGEMSA para que cumpliera con cancelar en un plazo máximo de tres (03) días los pagos correspondientes a los informes N° 4 y N° 5 establecidos en el contrato, bajo apercibimiento de resolver el Contrato. Vencido el plazo otorgado sin que EGEMSA haya cumplido con efectuar los pagos antes señalados, mediante Carta Notarial N° 003-2014-LAG/AL de fecha 11 de septiembre de 2014, el Demandante resolvió en forma total el Contrato.
- 3.22. Así y conforme al artículo 170° de la LCE, frente a la resolución del contrato el Demandante refiere que EGEMSA podía someter dicha decisión a conciliación o arbitraje dentro del plazo de 15 días hábiles, siendo éste un plazo de caducidad conforme a lo establecido en el primer párrafo de los artículos 214 y 215 del RLCE.
- 3.23. El Demandante precisa que la caducidad es una institución jurídica que se caracteriza, principalmente, por extinguir un derecho material por la inactividad del titular de dicho derecho, privándosele de aquél, luego de transcurrido el "plazo fijado por la Ley o la voluntad de los particulares"¹. En este sentido, el artículo 2003 del Código Civil establece que "la caducidad extingue el derecho y la acción correspondiente."
- 3.24. Lo señalado anteriormente según el Demandante se condice con el Acuerdo de Sala Plena N° 006 /2012 del Tribunal de Contrataciones del OSCE, de fecha 20 de septiembre de 2012, el cual señala lo siguiente:

"En caso de que surgiese alguna controversia sobre la resolución del contrato, cualquiera de las partes podrá recurrir a los mecanismos de solución establecidos en la Ley, el Reglamento o en el contrato, dentro del plazo de quince (15) días"

¹ PEÑA ACEVEDO, Juan. *Plazos de caducidad para solicitar el arbitraje administrativo en las contrataciones estatales del Perú*. En Arbitraje Panorama Actual del Arbitraje, Biblioteca de Arbitraje, Lima: Editorial Palestra, 2010, vol. 13, p. 100.

hábiles siguientes de la notificación de la resolución, vencido el cual la resolución del contrato habrá quedado consentida”.

- 3.25. Del mismo modo, el Acuerdo antes citado ha establecido - en analogía al presente caso - que:

“En caso que el contratista considere que dicho acto no se encuentra arreglado a ley, el artículo 52 de la Ley en concordancia con los artículos 170 y 209 del Reglamento establecen que cualquier controversia relacionada con la resolución del contrato podrá ser sometida por el contratista a conciliación o arbitraje dentro de los quince (15) días hábiles de comunicada la decisión de resolver el contrato, respectivamente, según se trate de contratación de bienes y servicios o de ejecución de obras. Vencidos estos plazos sin que se haya iniciado ninguno de estos procedimientos, se entenderá que la resolución del contrato ha quedado consentida, porque los plazos fijados para cuestionar el acto a través de los mencionados mecanismos de solución de controversias son de caducidad.

- 3.26. Por consiguiente, concluye que una vez que transcurre el plazo de caducidad previsto en la normativa de contratación pública para iniciar la conciliación o el arbitraje, la Carta Notarial mediante la cual el contratista resolvió el contrato adquiere firmeza, no siendo posible acudir a estos mecanismos para cuestionarla. Siendo así, el acto que declaró la resolución del contrato, implementada por la parte demandante, quedó plenamente consentida, debiendo ser ejecutada de pleno derecho.
- 3.27. Asimismo, el demandante refiere que el Acuerdo de Sala Plena N° 006 /2012 antes invocado, ha establecido que *“lo mismo ocurre cuando, pese a que la conciliación o el arbitraje se hubieran iniciado, éstos son archivados definitivamente por cualquier causal, sin que pueda cuestionarse nuevamente la decisión de la Entidad por haber operado el plazo de caducidad, lo que determina que el acto que declara la resolución contractual, sea igualmente, firme”.*

Respecto de los Fundamentos de Hecho y de Derecho de la Primera Pretensión Subordinada a la Primera Pretensión Principal:

- 3.28. Sin perjuicio de la sustentación realizada anteriormente, y en el supuesto negado que la primera pretensión principal sea desestimada, el Demandante solicita se sirva ratificar la resolución del contrato realizada mediante Carta Notarial N° 003-2014-LAG/AL de fecha 11 de septiembre de 2014, conforme a los fundamentos que desarrollan en los siguientes numerales:
- 3.29. Mediante Carta N°EAA-014-2014/LC/SB de fecha 22 de julio de 2014, el Demandante afirma que EGEMSA otorgó la conformidad del servicio contratado respecto del informe N° 4, según lo establecido en las cláusulas octava y décimo primera del Contrato.
- 3.30. De esta manera, el 23 de julio de 2014 el Demandante solicitó a EGEMSA el pago correspondiente al cuarto informe, el cual asciende a la suma de S/. 26.000.00 (Veintiséis Mil con 00/100 Nuevos Soles), conforme a lo establecido en el numeral

7.3.4 del contrato. No obstante, mediante Carta N°EAA-020-2014/LC/SB de fecha 15 de agosto de 2014, el demandante refiere que EGEMSA señaló que no le era posible efectuar el pago señalado, debido a que se encontraban bajo un examen especial de auditoría interna.

- 3.31. A pesar de ello, a efectos de cumplir con todas las obligaciones contractuales, el 21 de agosto de 2014 el Demandante manifiesta que entregaron a EGEMSA el Quinto Informe del servicio y se dejó constancia que se habían absuelto todas las observaciones y fórmula ajustada con los registros mensuales, conforme a la cláusula octava del Contrato.
- 3.32. Con fecha 25 de agosto de 2014, El Demandante solicitó nuevamente a EGEMSA el pago correspondiente al cuarto informe.
- 3.33. Mediante Carta N°EAA-023-2014/LC/SB de fecha 01 de septiembre de 2014, el Demandante asegura que EGEMSA señaló nuevamente que no le era posible efectuar el pago por las razones antes expuestas. Asimismo, debido a la demora en el otorgamiento de la respectiva conformidad, con fecha 02 de septiembre de 2014 se le comunicó a EGEMSA que se daba por supuesto que el informe N° 5 del servicio había quedado aprobado, al no haberse pronunciado dentro de los diez (10) días de presentado.
- 3.34. Al respecto, el Demandante tiene en cuenta la opinión de Juan Carlos Morón² en relación al silencio administrativo, quien señala que la trascendencia de la teoría del silencio administrativo radica en emanar determinado valor y significado de la reserva producida, a través de la interpretación dada por la norma legal, esto es, si los efectos jurídicos serán entendidos negativa (desestimar la petición, reclamo o recurso) o positivamente (favorables). Es el contenido de la presunción —negativa o positiva— formulada por el sistema jurídico el que otorga significado a la actividad silente, imponiendo al mismo tiempo, las condiciones y procedimientos para su concreción.
- 3.35. De las disposiciones citadas, el Demandante menciona que se desprende que el órgano de administración o aquél establecido en las Bases es el responsable de recibir los bienes y/o servicios, y de emitir la respectiva conformidad de la prestación al contratista en un plazo máximo de diez (10) días calendario desde que recibe los bienes y/o servicios.
- 3.36. De otro lado, cabe precisar que solicitó a EGEMSA el pago correspondiente al quinto informe, el cual asciende a la suma de S/. 26.000.00 (Veintiséis Mil con 00/100 Nuevos Soles), conforme a lo establecido en el numeral 7.3.5 del contrato.
- 3.37. Sin embargo, mediante Carta N°EAA-024-2014/LC/SB de fecha 03 de septiembre de 2014, EGEMSA señaló nuevamente que no le era posible efectuar el pago.

²MORÓN URBINA, Juan Carlos. *Comentarios a la nueva Ley del Procedimiento Administrativo General*. Lima: Gaceta Jurídica, 2001, p. 395.

- 3.38. Es así que mediante Carta Notarial N° 002-2014-LAG/AL de fecha 05 de septiembre de 2014, el Demandante requirió a EGEMSA para que cumpliera con cancelar en un plazo máximo de tres (03) días los pagos correspondientes a los informes cuarto y quinto, bajo apercibimiento de resolver el Contrato, conforme a lo establecido en la cláusula 13.1 del contrato. El sustento normativo de dicha cláusula se encuentra en el primer párrafo del artículo 169° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, que señala lo siguiente:

"Artículo 169°.- Procedimiento de resolución de Contrato

Si alguna de las partes falta al cumplimiento de sus obligaciones, la parte perjudicada deberá requerirla mediante carta notarial para que las satisfaga en un plazo no mayor a cinco (5) días, bajo apercibimiento de resolver el contrato.

- 3.39. Encontrándose en exceso fuera del plazo para formular observaciones establecido en el artículo 181° del Reglamento, mediante Carta N° EAA-025-2014/LC/SB, EGEMSA invocó observaciones al informe N° 5, pese a que ya habían cumplido con subsanar todas las observaciones, y cuando ya había transcurrido en exceso el plazo de diez (10) días previsto por ley.
- 3.40. Del mismo modo, el Demandante precisa que las observaciones extemporáneas antes referidas fueron relacionadas únicamente a aspectos formales, ya que como se aprecia en el contrato y en el quinto informe presentado, dicho informe consistía en una recopilación de todos los servicios ya efectuados, los cuales fueron debidamente aprobados por EGEMSA.
- 3.41. Es así que, ante el incumplimiento de EGEMSA mediante Carta Notarial N° 003-2014-LAG/AL de fecha 11 de septiembre de 2014, resolvió en forma total el Contrato.
- 3.42. Al respecto, el Demandante hace referencia a la normativa de contrataciones del Estado respecto a la resolución contractual, cuyo literal c) del artículo 40 de la Ley establece que:

(...)

En caso de incumplimiento por parte del contratista de alguna de sus obligaciones, que haya sido previamente observada por la Entidad, y no haya sido materia de subsanación, esta última podrá resolver el contrato en forma total o parcial, (...).

Igual derecho asiste al contratista ante el incumplimiento por la Entidad de sus obligaciones esenciales, siempre que el contratista la haya emplazado mediante carta notarial y ésta no haya subsanado su incumplimiento. (El resaltado es agregado).

- 3.43. Asimismo, el último párrafo del artículo 168 del RLCE precisa que:

"El contratista podrá solicitar la resolución del contrato, (...), en los casos en que la Entidad incumpla injustificadamente sus obligaciones esenciales, las mismas que se contemplan en las Bases o en el contrato, pese a haber sido

requerido conforme al procedimiento establecido en el artículo 169º. (El resaltado es agregado).

- 3.44. Lo señalado anteriormente, según afirma el Demandante se condice con lo establecido en la OPINIÓN N° 027-2014/DTN³, la cual señala lo siguiente:

"Como se aprecia, un contrato suscrito bajo el ámbito de la normativa de contrataciones del Estado puede resolverse por el incumplimiento de las obligaciones del contratista o por el incumplimiento de las obligaciones esenciales de la Entidad. En este último caso, el contratista puede resolver el contrato cuando el incumplimiento de la Entidad implique la inobservancia de alguna de sus obligaciones esenciales, las mismas que deben estar contenidas en las Bases o en el contrato.

En este punto, debe indicarse que la distinción entre la potestad resolutoria de la Entidad (ante el incumplimiento de alguna obligación del contratista) y la del contratista (sólo ante el incumplimiento de obligaciones esenciales de la Entidad), responde a los diferentes intereses involucrados en la contratación pública. Así, una Entidad al contratar un bien, servicio u obra tiene por finalidad satisfacer intereses o necesidades públicas; en cambio, el contratista busca satisfacer su interés económico de lucro, el mismo que constituye un interés privado.

De esta manera, a través de la distinción descrita, la normativa de contrataciones del Estado busca limitar la potestad resolutoria del contratista a solo aquellos casos en que la Entidad incumpla con sus obligaciones esenciales, con la finalidad de promover la continuidad de la ejecución del contrato y, en consecuencia, satisfacer el interés público involucrado con la contratación.

- 3.45. De conformidad con lo expuesto, el Demandante infiere que una obligación esencial es aquella cuyo cumplimiento resulta indispensable para alcanzar la finalidad del contrato y, en esa medida, satisfacer el interés de la contraparte, estableciéndose como condición adicional para tal calificación que se haya contemplado en las Bases o en el contrato. En otras palabras, es aquella cuyo incumplimiento impide alcanzar la finalidad del contrato.
- 3.46. Como consecuencia de lo anterior, el Demandante indica que la contraprestación a cargo de EGEMSA, consistente en el pago del precio o monto contractual, constituye la obligación esencial y más importante a cargo de la misma, sino la única. En ese sentido, el incumplimiento de dicha obligación esencial justifica y sustenta plenamente la resolución del contrato conforme a lo señalado anteriormente.
- 3.47. Por lo expuesto, el Demandante solicita a la Ábitro Único se sirva declarar fundada la primera pretensión subordinada, en el negado caso que sea desestimada la primera pretensión principal.

Respecto de los fundamentos de Hecho y de Derecho de la Segunda Pretensión Principal:


³ OPINIÓN N° 027-2014/DTN de fecha 03 de octubre de 2012.

- 3.48. El Demandante manifiesta que es importante advertir que la responsabilidad contractual, en materia de contrataciones públicas, se encuentra regulada, de manera general, en el segundo párrafo del artículo 44° de la LCE. Asimismo, el primer y segundo párrafo del artículo 170° del RLCE señalan lo referente a los efectos de la resolución, los cuales prescriben que "si la parte perjudicada es el contratista, la Entidad deberá reconocerle la respectiva indemnización por los daños y perjuicios irrogados, bajo responsabilidad del Titular de la Entidad".
- 3.49. El Demandante refiere que de acuerdo con la normativa de contrataciones públicas, la resolución del contrato trae como correlato el reconocimiento de la respectiva indemnización de daños y perjuicios a cargo de la parte que incumple de manera injustificada.
- 3.50. El demandante señala que no existen mayores referencias en relación a los conceptos que dan lugar a la indemnización, los elementos o requisitos para su reconocimiento o la manera de cuantificarla, por lo que, vía supletoria, invoca el Código Civil que regula tales circunstancias.
- 3.51. En primer término, el primer párrafo del artículo 1321° del Código Civil recoge la obligación general de indemnizar para quien no ejecuta sus obligaciones por dolo, culpa inexcusable o culpa leve.
- 3.52. A nivel doctrinario, el Demandante manifiesta que Taboada sostiene que si bien la responsabilidad civil es una sola, existen dos manifestaciones de responsabilidad, contractual y extracontractual, categorías que tienen en común la idea de antijuridicidad y el imperativo legal de indemnizar⁴. Asimismo, y a efectos de distinguir ambos tipos de responsabilidad, agrega lo siguiente:
- "(...) La diferencia esencial entre ambos aspectos de la responsabilidad civil radica en que en un caso el daño es consecuencia del incumplimiento de una obligación previamente pactada y en el otro caso el daño es producto del incumplimiento del deber genérico de no causar daño a los demás".*
- 3.53. Teniendo en cuenta que la segunda pretensión se sustenta en el incumplimiento de una obligación generada y/o derivada de un acuerdo contractual, el Demandante concluye que en el presente caso bajo se está bajo un supuesto de responsabilidad civil contractual, la misma que es entendida como aquella obligación de reparar un daño que se origina en el incumplimiento de una obligación derivada de un contrato.
- 3.54. Ahora bien, y en relación a los elementos que configuran la responsabilidad civil contractual, y la correspondiente atribución de la obligación de indemnizar por los daños y perjuicios causados, conforme a Taboada, debe verificarse la concurrencia de los siguientes elementos:

⁴ TABOADA CÓRDOVA, Lizardo. "Elementos de la Responsabilidad Civil. Lima: Editorial Grijley, 2003, Segunda Edición, p. 31

- (i) **Antijuridicidad del hecho**, según la cual, una conducta es considerada antijurídica "(...) no solo cuando contraviene una norma prohibitiva, sino también cuando la conducta viola el sistema jurídico en su totalidad, en el sentido de afectar los valores o principios sobre los cuales ha sido construido el sistema jurídico"⁵.
- (ii) **Daño**, entendido como "(...) todo menoscabo a los intereses de los individuos en su vida de relación social, que el Derecho ha considerado merecedores de tutela legal"⁶. El demandante también tiene en cuenta a Pazos⁷, quien sostiene que los daños resarcibles serán aquellos que se generen como consecuencia **inmediata y directa** de la inejecución de la obligación, excluyéndose aquellos daños que sean consecuencia mediata.
- (iii) **Nexo o Relación causal**, el cual relaciona dos aspectos: a) la causalidad de hecho o fáctica, relativa a las características del evento lesivo, que permite la reconstrucción del hecho a efectos de la imputación de responsabilidad y, b) la causalidad jurídica, aspecto que hace referencia al daño resarcible y permite determinar las consecuencias dañosas que el responsable debe resarcir⁸.

Sobre el particular, Taboada afirma que si no existe una relación de causa a efecto entre la conducta y el daño producido al afectado, no habrá responsabilidad⁹. En consecuencia, se considera que entre la conducta realizada por el causante y el daño debe existir una relación directa; es decir, es necesario que entre el incumplimiento y el perjuicio medie una relación de causalidad, de manera que el daño sea la consecuencia inmediata y directa del incumplimiento o del hecho dañoso.

-  (iv) **Factor de atribución**, conforme al cual, debe apreciarse si la conducta dañosa es imputable al causante del hecho dañoso por culpa, existiendo así responsabilidad. Para ello, debe determinarse si existió culpa en el agente dañoso, la misma que tiene tres grados o manifestaciones: dolo, culpa grave y culpa leve.

Sobre el particular, los artículos 1318, 1319 y 1320 del Código Civil, regulan este elemento y sus manifestaciones, configurándose el dolo cuando el causante deliberadamente no ejecuta la obligación¹⁰. Por otro lado, la culpa inexcusable se genera ante la inejecución de la obligación por negligencia grave, conforme lo indica el artículo 1319 del Código Civil y, finalmente, la culpa leve opera ante la omisión de la diligencia ordinaria exigida por la naturaleza de la obligación y que corresponde a las circunstancias de las

⁵ TABOADA CÓRDOVA, Lizardo. "Elementos de la Responsabilidad Civil. Lima: Editorial Grijley, 2003, Segunda Edición, p. 31 p. 32.

⁶ Idem., p. 34.

⁷ PAZOS HAYASHIDA, Javier. Código Civil Comentado, Ed. Gaceta Jurídica, Lima, 2da Ed., 2007, t. VI., pag 681.

⁸ ESPINOZA ESPINOZA, Juan. Op., cit., p.131.

⁹ TABOADA CÓRDOVA, Lizardo. Op.cit., p. 35.

¹⁰ ESPINOZA ESPINOZA, Juan. Op., cit.,105

personas, del tiempo y lugar, según lo señala el artículo 1320 del Código Civil.

Verificación de los elementos de la indemnización en el presente caso

- 3.55. **Antijuridicidad del hecho:** El Demandante refiere que el elemento "antijuridicidad del hecho" en el presente caso se verifica mediante el incumplimiento del artículo 169° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado por parte de EGEMSA, ya que dicha Entidad ha incumplido la obligación esencial y principal consiste en no haber pagado la contraprestación a su cargo establecida en el contrato.
- 3.56. **Daño:** El daño generado por EGEMSA por la inejecución de su obligación de pago de la contraprestación, según el Demandante se materializa en la afectación o desmedro de su patrimonio, toda vez que se ha cumplido con prestar los servicios, poniendo a disposición personal, conocimientos, tiempo y esfuerzo, materializados en los informes 4 y 5 presentados, los cuales no han merecido la respectiva contraprestación. Asimismo, se han generado una serie de daños complementarios derivados de la conducta de EGEMSA, consistentes en las actividades y gastos en los que se han tenido que incurrir para obtener el cobro la contraprestación.
- 3.57. **Nexo o Relación causal:** El Demandante sostiene que este elemento está plenamente acreditado en la medida que el incumplimiento de las obligaciones contractuales por parte de EGEMSA constituyen la causa directa o han generado como consecuencia los daños señalados en los numerales precedentes.
- 3.58. **Factor de atribución:** El Demandante refiere que la conducta dañosa antes señalada es imputable única y exclusivamente a EGEMSA, existiendo responsabilidad directa por dolo o culpa inexcusable, al no haber cancelado el monto correspondiente a la contraprestación por el servicio prestado, pese a que se lo requirieron en diferentes oportunidades.

De la explicación de los Daños Emergentes generados, indicados anteriormente:

- 3.59. **Respecto al pago de los servicios ejecutados correspondientes al cuarto informe del Contrato, el cual asciende a la suma de S/. 26.000.00 (Veintiséis Mil con 00/100 Nuevos Soles)**

El Demandante manifiesta que habiendo EGEMSA otorgado la conformidad del servicio contratado respecto al cuarto informe, con fecha 22 de julio de 2014, correspondía que dicha Entidad cancele el pago correspondiente a dicho informe al día siguiente de aprobado el mismo, conforme a lo solicitado mediante Carta presentada el 23 de julio de 2014, lo cual nunca sucedió debido a los fundamentos señalados anteriormente.

- 3.60. **Respecto a los intereses legales correspondientes al cuarto pago, los cuales deben ser computados desde el 23 de julio de 2014 hasta la fecha efectiva en que se pague el capital**

El último párrafo del artículo 181° del Reglamento dispone que "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, contado desde la oportunidad en que el pago debió efectuarse." Del mismo modo, el primer párrafo del artículo 48° de la Ley establece que "en caso de atraso en el pago por parte de la Entidad, salvo que se deba a caso fortuito o fuerza mayor, ésta reconocerá al contratista los intereses legales correspondientes. Igual derecho corresponde a la Entidad en caso sea la acreedora"

- 3.61. En ese sentido, dado que el pago correspondiente al informe N° 4 debió efectuarse el 23 de julio de 2014, el Demandante refiere que corresponde que los intereses legales se computen desde dicha fecha, hasta la fecha efectiva en que se pague el capital.
- 3.62. **Respecto al pago de los servicios ejecutados, correspondientes al quinto informe del Contrato, el cual asciende a la suma de S/. 26.000.00 (Veintiséis Mil con 00/100 Nuevos Soles)**

El Demandante nuevamente señala que el 21 de agosto de 2014 presentaron a EGEMSA el Quinto Informe del servicio, conforme a la cláusula octava del Contrato. En ese sentido, con fecha 01 de septiembre de 2014 quedó aprobado automáticamente el referido informe, ya que EGEMSA no se pronunció dentro de los diez (10) días de presentado, conforme a lo establecido en los artículos 176° y 181° del Reglamento, antes invocados.

- 3.63. Así, y de conformidad con el artículo 181° antes invocado, habiendo quedado consentido el servicio contratado respecto al informe N° 5, el Demandante afirma que correspondía que EGEMSA cancelara el pago correspondiente a dicho informe al día siguiente de aprobado el mismo, lo cual nunca sucedió debido a los fundamentos señalados en la presente demanda.
- 3.64. Ahora bien, y sin perjuicio de si existió o no conformidad tácita al informe N° 5, el Demandante indica que sí cumplió con prestar el servicio correspondiente a dicho informe, habiendo desplegado para tales fines conocimientos, análisis y elaboración del citado informe, todo lo cual constituye la ejecución de una prestación de su parte, la cual merece la respectiva contraprestación.
- 3.65. En ese sentido, y habiendo quedado consentida la resolución del contrato por incumplimiento de EGEMSA, el Demandante refiere que no se está exigiendo como contraprestación a dicha ejecución, en estricto, el pago del precio o monto equivalente al quinto informe, sino que, lo que se está reclamando, en estricto, es la respectiva indemnización cuyo importe de S/. 26,000.00, más IGV, es el equivalente precisamente a lo que hubiera correspondido pagarse como precio pactado en el contrato respecto de dicho informe, en función a que ese es parte del desmedro económico o daño generado a nuestra parte, correspondiente a la ejecución del quinto informe.

3.66. Respecto a los intereses legales correspondientes al quinto pago, los cuales deben ser computados desde el 02 de septiembre de 2014 hasta la fecha efectiva en que se pague el capital

Al respecto el Demandante señala que dado que el pago correspondiente al informe N° 5 debió efectuarse el 02 de septiembre de 2014, corresponde que los intereses legales se computen desde dicha fecha, hasta la fecha efectiva en que se pague el capital, conforme a los artículos 48° de la Ley y 181° de su Reglamento, antes invocados.

Respecto a los gastos financieros por las sucesivas renovaciones de la carta fianza N° 005324 de fiel cumplimiento. El demandante indica que se reservaba el derecho de señalar y acreditar dicho monto en un escrito posterior

- 3.67. El Demandante señala que en virtud al artículo 39 de la Ley, las garantías que deben otorgar los postores y/o contratistas, según corresponda, son las de fiel cumplimiento del contrato, por adelantos y por el monto diferencial de la propuesta. Estas garantías deben ser *"(...) incondicionales, solidarias, irrevocables y de realización automática en el país, al solo requerimiento de la respectiva Entidad, bajo responsabilidad de las empresas que las emiten (...)".*
- 3.68. Ahora bien, el primer párrafo del artículo 158° del Reglamento establece como requisito para la celebración de un contrato, que el postor ganador de la buena pro constituya y entregue a la Entidad la garantía de fiel cumplimiento por una suma equivalente al diez por ciento (10%) del monto del contrato original, debiendo mantenerla vigente, en el caso de bienes y servicios, hasta la conformidad de la recepción de la prestación a cargo del contratista o, en el caso de obras, hasta el consentimiento de la liquidación final del contrato.
- 3.69. Conforme a lo señalado anteriormente, el Demandante afirma que la firma del contrato se otorgó a favor de EGEMSA la carta fianza N° 00005324 de fiel cumplimiento ascendente a S/. 26.000.00 (Veintiséis Mil con 00/100 Nuevos Soles). En ese sentido, es de apreciarse que, si bien existe la obligación del contratista de mantener las garantías vigentes durante la ejecución del contrato y hasta que éste culmine, lo cierto es que EGEMSA hizo caso omiso a la reiteradas solicitudes del Demandante para que brinde las conformidades al informe N° 4 y N° 5, así como para el pago de las mismas, habiendo únicamente cumplido con otorgar expresa conformidad al cuarto informe, pero dejando subsistentes las demás obligaciones a su cargo.
- 3.70. La conducta de EGEMSA ha significado una prolongación excesiva, pero sobre todo injustificada, de la vigencia del contrato, lo que ha generado a su vez la obligación de venir renovando las cartas fianzas hasta la fecha, incluso considerando que el contrato cuenta con resolución consentida.
- 3.71. Es así que el Demandante señala que tal situación le viene generando un gravísimo daño económico, reflejado no sólo en los gastos financieros que viene asumiendo

para las sucesivas renovaciones de la carta fianza, sino que además supone una innecesaria inmovilización de capital, el cual debe respaldar el monto de la carta fianza.

- 3.72. En cuanto al monto de los gastos financieros en los que el demandante viene incurriendo, este refiere que se reserva el derecho de cuantificarlos y acreditarlos en escrito posterior, ya que a la fecha venía haciendo la liquidación respectiva, así como identificando las pruebas que lo acrediten.
- 3.73. En cuanto a lucro cesante, el Demandante se reserva igualmente el derecho de señalar los respectivos conceptos, así como de acreditar debidamente el monto del mismo, mediante escrito posterior.
- 3.74. Por lo expuesto, el Demandante solicita al Árbitro Único declarar fundada su segunda pretensión principal.

Respecto de los fundamentos de hecho y derecho de la tercera pretensión principal:

- 3.75. El Demandante manifiesta que a la firma del contrato se otorgó a favor de EGEMSA la carta fianza N° 00005324 de fiel cumplimiento ascendente a S/. 26.000.00 (Veintiséis Mil con 00/100 Nuevos Soles).
- 3.76. Es por ello que el Demandante solicita que se ordene a EGEMSA la devolución de la Garantía de Fiel Cumplimiento, constituida por la Carta Fianza N° 005324, ascendente a la suma de S/. 26.000.00 (Veintiséis Mil con 00/100 Nuevos Soles), como consecuencia de la conclusión del Contrato de Servicio N° 01-2010.

Respecto de los fundamentos de hecho y derecho de la cuarta pretensión principal:

- 3.77. Finalmente, el Demandante solicita a la Árbitro Único que ordene a EGEMSA pagar el íntegro de gastos arbitrales, los costos y costas del presente proceso arbitral en virtud de los argumentos que se indican a continuación.
- 3.78. EGEMSA ha incumplido de manera dolosa con sus obligaciones esenciales al no haber cumplido con cancelarnos la contraprestación establecida en el contrato pese a que aprobó y otorgó la conformidad de los servicios prestados. Además ha quedado firme al haber quedado consentida la resolución del contrato en vista que no procedió a cuestionarla dentro del plazo de ley, haciendo uso de los mecanismos que la ley le permite.
- 3.79. El Demandante manifiesta que se ha visto obligado a tener que asumir el presente proceso arbitral, el cual se ha iniciado única y exclusivamente por culpa y responsabilidad de EGEMSA, lo cual les viene generando una serie de gastos que no se encontraban previstos, postergando innecesariamente su derecho al cobro de nuestra indemnización.

- 3.80. Por otro lado, señala que conforme a los artículos 70° y 73° del Decreto Legislativo N° 1071, a efectos de imputar o distribuir los costos del arbitraje, y a falta de acuerdo entre las partes, como ocurre en el presente caso, **los costos del arbitraje serán de cargo de la parte vencida**, salvo que el Tribunal decidiera distribuir y prorratear estos costos entre las partes, situación que, a la luz de sus argumentos, no correspondería por resultar inequitativo.
- 3.81. En este orden de ideas, solicitamos expresamente que se declare fundada su cuarta pretensión principal.
- 3.82. Mediante Resolución N° 1 de fecha 25 de febrero de 2015 se admitió a trámite la demanda arbitral presentada por Luis Aragón y se corrió traslado de ella a EGEMSA a fin de que la conteste y, de considerarlo conveniente, formule reconvenición.

IV. De la excepción de caducidad formulada por EGEMSA con fecha 13 de marzo de 2015 y su absolución de fecha 8 de abril de 2015:

- 4.1. Mediante escrito de fecha 13 de marzo de 2015, EGEMSA dedujo excepción de caducidad contra la segunda pretensión principal contenida en la demanda arbitral, en el extremo referido al pago de los servicios correspondientes a los informes N° 4 y N° 5 del Contrato, ambos por S/. 52,000.00, e intereses.
- 4.2. Para tales efectos, el EGEMSA sustentó su pedido en que el presente proceso fue iniciado el 29 de octubre de 2014, cuando ya había transcurrido en exceso el plazo para iniciar el arbitraje administrativo, ya que el mismo debió iniciarse dentro de los 15 días hábiles de surgida la controversia en relación al pago de la contraprestación correspondiente al Informe N° 5 del Contrato, de conformidad con el artículo 181° del RLCE.
- 4.3. Asimismo, EGEMSA señala que la caducidad de la contraprestación del Informe N° 5 implica, por extensión, la caducidad de la contraprestación correspondiente al Informe N° 4, de fecha anterior.
- 4.4. Mediante Resolución N° 2 de fecha 19 de marzo de 2015, se corrió traslado de la excepción a Luis Aragón para que la conteste.
- 4.5. Mediante el escrito de fecha 8 de abril de 2015, Luis Aragón absolvió el traslado conferido, solicitando que la excepción sea declarada infundada y manifestando que los artículos 181° del RLCE y el 52° de la LCE, que deben ser considerados para analizar la excepción de caducidad interpuesta por su contraparte, son los correspondientes a la versión original de dichos artículos aprobados mediante el D.S. N° 184-2008-EF y el D.L. N° 1017, respectivamente.
- 4.6. Es así que Luis Aragón indica que ni el artículo 181° del RLCE ni el artículo 52° de la LCE aplicables al presente caso, hacen referencia alguna a la caducidad de sus

derechos para someter las controversias vinculadas al pago en el presente proceso arbitral.

- 4.7. Mediante Resolución N°3 de fecha 20 de julio de 2015, se dispuso que la excepción sería resuelta hasta el momento de expedir el Laudo Arbitral.

V. De la Contestación a la Demanda Arbitral presentada por EGEMSA:

- 5.1. Mediante escrito de fecha 13 de marzo de 2015, EGEMSA contesta la demanda interpuesta, negándola en todos sus extremos, en los términos siguientes:

Respecto de los Fundamentos de Hecho:

- 5.2. EGEMSA refiere que convocó al Proceso de Adjudicación Directa Pública No. 002-2009-EGEMSA, para el servicio de Ejecución de Aforos y Mejoramiento de Estaciones Linnimitricas en el Río Aobamba, con la finalidad de evaluar el caudal de dicho río con miras a verificar la posibilidad de construir una central hidroeléctrica.
- 5.3. Asimismo, manifiesta que el señor Luis Aragón Graneros obtuvo la buena pro y el 06 de enero de 2010 las partes suscribieron el Contrato de Servicio No. 01-2010 (en adelante "Contrato de Servicio") cuyo plazo de ejecución sería de 515 días (desde el 7 de enero de 2010 al 6 de junio de 2011). La contraprestación sería de S/. 260,000.00 (doscientos sesenta mil con 00/100 nuevos soles).
- 5.4. El pago y la ejecución del contrato se pactaron de la siguiente manera:
- El informe N° 1, a los 10 días calendario computados a partir de la firma del contrato.
 - El informe N° 2, a los 20 días calendario de aprobado el primer informe. Con la aprobación del segundo informe, se haría el primer pago por la cantidad de S/. 5,200.00 (cinco mil doscientos con 00/100 Nuevos Soles).
 - El informe N° 3, con una duración de sesenta (60) días calendario y tendrá tres informes de avance. El pago por el primer informe de avance sería por S/. 44,200.00 (cuarenta y cuatro mil doscientos con 00/100 Nuevos Soles), igual que el pago por el segundo. El pago por el tercer informe de avance sería por S/. 52,000.00 (cincuenta y dos mil con 00/100 Nuevos Soles).
 - Doce informes mensuales, con una duración de trescientos sesenta y cinco (365) días calendarios. Con la aprobación dichos informes mensuales se pagaría por cada uno de ellos por la cantidad de S/. 5,200.00 (cinco mil doscientos con 00/100 Nuevos Soles).
 - El informe N° 4, el cual se presentara a los (30) días calendarios de aprobado el décimo segundo informe mensual. El pago por el cuarto informe se realizaría

previa aprobación del mismo y por la cantidad de S/.26,000.00 (veintiséis mil con 00/100 Nuevos Soles).

- El informe N° 5 a presentarse a los 30 días calendarios de aprobado el último informe mensual. El quinto y último pago por S/. 26,000.00 (veintiséis mil con 00/100 Nuevos Soles) se otorgaría previa aprobación del quinto informe.
- 5.5. EGEMSA refiere que el 26 de marzo de 2010, debido al incremento en el caudal del río Aobamba que dificultaban las labores de ejecución del Contrato de Servicio, se suscribieron cuatro adendas al contrato, con el fin de suspender su plazo de ejecución por ciertos periodos.
- 5.6. La primera adenda fue por el periodo comprendido entre el 26 de marzo de 2010 hasta el 30 de mayo de 2010. La segunda adenda al contrato, con el propósito de suspender su plazo de ejecución por el periodo comprendido entre el 22 de noviembre de 2010 hasta el 31 de mayo de 2011. Luego, la tercera adenda al contrato, con la finalidad de suspender su plazo de ejecución por el periodo comprendido entre el 22 de noviembre de 2010 hasta el 20 de junio de 2011. Finalmente, se suscribió la cuarta y última adenda al contrato, para suspender su plazo de ejecución por el periodo comprendido entre el 01 de julio de 2011 hasta el 30 de julio de 2011, de tal modo que el plazo definitivo del contrato se extendió hasta el 20 de abril de 2012. Según la cláusula quinta de esta última adenda, el contratista renunció a cualquier compensación derivada de dichas ampliaciones de plazo.
- 5.7. EGEMSA afirma que según el Informe Especial No. 001-2014-2-4568 del Órgano de Control Institucional (el 'Informe Especial'), el señor Aragón ejecutó sus obligaciones de manera defectuosa (al menos hasta antes de la entrega del informe N° 4) de tal modo que le originó daños por S/. 122,616.25 y un retraso de 200 días que amerita el cobro de la máxima penalidad prevista en el Contrato por S/. 26 000.00. Es decir, un daño total de S/. 148,616.25 a favor de EGEMSA, por los incumplimientos contractuales del señor Aragón.
- 5.8. En ese sentido, EGEMSA refiere que el 23 de julio de 2014, el señor Aragón le solicitó el pago de la contraprestación correspondiente al cuarto informe, por el monto de S/. 26.000.00, EGEMSA respondió mediante Carta No. EAA-020-2014/LC/SB de fecha 15 de agosto de 2014, explicando que no le era posible efectuar el pago del informe N° 4, debido a la existencia del examen de auditoría interna antes mencionado.
- 5.9. El 21 de agosto de 2014, según manifiesta EGEMSA el señor Aragón presentó a EGEMSA el informe N° 5. El 01 de setiembre de 2014, mediante Carta No. EEA-023-2014/LC/SB, EGEMSA señaló, nuevamente, que el Órgano de Control Institucional venía efectuando el examen en mención.
- 5.10. EGEMSA señala que el 03 de setiembre de 2010, el señor Aragón solicitó a EGEMSA el pago correspondiente al informe N° 5, por S/. 26.000.00. No obstante, el 03 de setiembre de 2014, EGEMSA le indicó que el Examen Especial del Servicio

de Ejecución de Aforos y Mejoramiento de Estaciones Linnimétricas del río Aobamba todavía se venía efectuando, por lo que se debía esperar a que ello culmine. Además, la Entidad señaló que se estaba realizando la revisión del informe N° 5.

- 5.11. EGEMSA alega que mediante Carta Notarial No. 002-2014-LAG/AL de fecha 05 de septiembre de 2014, el señor Aragón le requirió para que cumpla con pagar los informes N° 4 y N° 5, en un plazo máximo de tres días, bajo apercibimiento de resolver el contrato. Mediante Carta Notarial No. 003-2014-LAG/AL de fecha 11 de setiembre de 2014, el Sr. Aragón resolvió el contrato.
- 5.12. EGEMSA asevera que el Ingeniero Aragón Graneros tenía así dos obligaciones bajo el Contrato de Servicios: (i) la ejecución de aforos relativos al caudal del Río Aobamba; y, (ii) el mejoramiento de las Estaciones Linmimétricas ubicadas en el Río Aobamba. Como fluye del Informe Especial, el caso es que la prestación relativa a la ejecución de los aforos se reveló imperfectamente cumplida (porque los mecanismos de medición no se ajustaron a lo previsto en el citado contrato), mientras que el servicio relativo al mejoramiento de las estaciones en cuestión fue cumplido excepcionalmente tarde, notándose de tal manera que existió un incumplimiento (cumplimiento defectuoso).
- 5.13. Al no estar de acuerdo el señor Aragón con los incumplimientos imputados, es que con fecha 29 de octubre de 2014 ha solicitado a la Secretaría General del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la PUCP el inicio de un arbitraje contra EGEMSA.

Respecto de los Fundamentos de Derecho

- 5.14. De acuerdo al Informe Especial, según refiere EGEMSA, el señor Aragón cumplió de manera tardía y defectuosa el Contrato de Servicio, generando daños y dando origen a una penalidad por un total de S/. 148,616.25. Dicha situación estaba siendo advertida por el Órgano de Control Institucional al momento que el señor Aragón exigió el pago de las contraprestaciones correspondientes a los informes N° 4 y N° 5.
- 5.15. EGEMSA manifiesta que no podía ni debía pagar dichas prestaciones, dado que se habían advertido los incumplimientos del señor Aragón antes señalados. En ese sentido, EGEMSA manifiesta que la resolución del contrato efectuada por el señor Aragón carece de fundamento, así como la exigencia del pago de las prestaciones correspondientes al informes N° 4 y N° 5 y como las demás pretensiones contenidas en la demanda. EGEMSA cita al profesor DE LA PUENTE Y LAVALLE: "El requisito fundamental para que la parte fiel esté legitimada para solicitar la resolución del contrato por incumplimiento de la otra parte, es que ella misma (la parte fiel) no sea también incumplidora."¹¹

¹¹

DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. El Contrato en General. Palestra. Lima 2007. T. II, p. 384.

- 5.16. Sin embargo, tal como manifiesta EGEMSA el señor Aragón ha incurrido en incumplimiento en relación a sus obligaciones derivadas del Contrato, motivo por el cual no tiene legitimidad para solicitar la resolución (sea por declaración ratificación) del Contrato.
- 5.17. Mediante Resolución N° 2 de fecha 19 de marzo de 2015 se admitió a trámite la contestación de demanda de EGEMSA.

VI. De la Reconvención presentada por EGEMSA

- 6.1. Mediante el Segundo Otrosí Decimos del escrito de contestación de demanda arbitral de fecha 13 de marzo de 2015, EGEMSA formula reconvención, señalando como pretensiones las siguientes.

Pretensión principal: Se declare el incumplimiento del Contrato de Servicios por parte del señor Aragón, al no haber ejecutado y/o haber realizado una incorrecta medición de aforos y/o haber omitido la construcción de gaviones y solado en el lugar destinado para la construcción de la estación fija de aforos.

Pretensiones alternativas condicionadas a la pretensión principal:

a. Se deje sin efecto la resolución del Contrato, por haberse encontrado el demandante en incumplimiento al momento de ejercer su resolución y se le ordene el cumplimiento exacto e integral del mismo.

b. Se condene al señor Aragón al pago de la suma de S/. 122, 616.25 por daños y perjuicios derivados del incumplimiento de sus obligaciones.

Segunda pretensión principal: Se condene al señor Aragón al pago de S/. 26,000.00 por concepto de penalidad por retraso en la ejecución de la prestación consistente en la construcción de la estación fija para aforos.

Pretensión condicionada a la Segunda Pretensión Alternativa y a la Segunda Pretensión Principal EGEMSA solicita que en caso se declare fundada alguna de las pretensiones contenidas en la segunda pretensión principal de la demanda y se declare fundada la segunda pretensión alternativa (y sea la elegida a cumplir por el reconvenido o, en su caso, por EGEMSA) y/o la segunda pretensión principal de la reconvención; se disponga la compensación de dichas obligaciones y se ordene al demandante el pago de la suma remanente a su favor, si la hubiere.

Respecto de los fundamentos de la Reconvención

- 6.2. Conforme al Informe Especial, el señor Aragón ejecutó sus obligaciones de manera defectuosa (al menos hasta antes de la entrega del cuarto informe) de tal modo que le originó daños por S/. 122,616.25 y para lo cual EGEMSA ofrece una pericia a efectos de acreditar la existencia de este incumplimiento y de esos daños.

- 6.3. Es así que de ser declarado dicho incumplimiento y los daños, EGEMSA solicita al Árbitro Único como pretensiones condicionales alternativas que se deje sin efecto la resolución del Contrato efectuada por el señor Aragón y se ordene el cumplimiento total del mismo y se condene al señor Aragón al pago de la suma de S/. 122, 616.25 por daños y perjuicios derivados de su incumplimiento.
- 6.4. En relación a la segunda pretensión principal, en la que se solicita que se condene al señor Aragón al pago de S/. 26,000.00. EGEMSA manifiesta que dicho pago debe ser por concepto de penalidad, por los atrasos incurridos en la construcción de la estación fija de aforos, de acuerdo a lo señalado en las páginas 21 y 22 del Informe Especial. Asimismo EGEMSA manifiesta que el referido atraso será también materia de la pericia ofrecida.
- 6.5. Finalmente, en caso se declare fundada alguna de las pretensiones dinerarias contenidas en la segunda pretensión principal de la demanda y se declare fundada la segunda pretensión alternativa y/o la segunda pretensión principal de la reconvencción, EGEMSA solicita que se ordene la compensación de dichas obligaciones y el pago de la suma remanente a su favor.
- 6.6. Así también EGEMSA refiere que lo solicitado se sustenta en base de las reglas de la compensación como mecanismo de extinción de obligaciones, que están reguladas en los artículos 1288 y siguientes del Código Civil. A través de dicho mecanismo se produce la extinción total o parcial de obligaciones respecto de las cuales cada una de las partes involucradas son, al mismo tiempo, deudoras y acreedoras. Para que la compensación pueda ser opuesta válidamente se requiere que las obligaciones involucradas sean recíprocas, líquidas, exigibles y de prestaciones fungibles y homogéneas¹². La reciprocidad supone la coexistencia de 2 o más relaciones obligatorias con identidad de sujetos, de forma que el deudor en alguna de dichas relaciones sea, a su vez, acreedor en otra. Asimismo, la reciprocidad supone que las partes cuyas obligaciones se compensarán deben ser acreedoras y deudoras a su vez¹³.
- 6.7. Por su parte, son líquidas aquellas obligaciones cuya cuantía se encuentre perfectamente determinada o, en todo caso, cuya cuantía pueda ser determinada mediante una operación aritmética simple¹⁴. Por otro lado, una obligación es exigible desde el momento en que el acreedor puede, legítimamente, reclamar su cumplimiento.
- 6.8. Finalmente, EGEMSA sostiene que el artículo 1288 del Código Civil señala que serán compensables aquellas obligaciones cuyas prestaciones sean "fungibles y homogéneas". Al concepto de fungibilidad subyace la idea de sustituible, intercambiable. Por su parte, homogeneidad tiene que ver con similitud, semejanza. Como puede apreciarse, con los conceptos "fungible y homogénea" el legislador ha pretendido aludir a la equivalencia que deberá existir entre las

¹² Art. 1288.- Por la compensación se extinguen las obligaciones recíprocas, líquidas, exigibles y de prestaciones fungibles y homogéneas, hasta donde respectivamente alcancen, desde que hayan sido opuestas la una a la otra. La compensación no opera cuando el acreedor y el deudor la excluyen de común acuerdo.

¹³ DIEZ PICAZO, Luis. "Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial". Vol. II. Madrid: Civitas, 1996, p. 543.

¹⁴ Ibíd. p. 540.

prestaciones involucradas, siendo el supuesto clásico (y más común) de prestaciones fungibles y homogéneas aquellas de dar sumas de dinero.

- 6.9. Por ello es que EGEMSA, concluye refiriendo que de ser fundadas las pretensiones antes señaladas, se cumplirían todas las condiciones previstas en el Código Civil para que exista compensación y será sólo materia de exigibilidad el remanente correspondiente si lo hubiera.
- 6.10. Mediante Resolución N° 2 de fecha 19 de marzo de 2015 se admitió a trámite la reconvencción presentada por EGEMSA y se corrió traslado de ella a Luis Aragón a fin de que la conteste.

VII. De la excepción de caducidad formulada por Luis Aragón con fecha 8 de abril de 2015 y su absolución de fecha 4 de agosto de 2015:

- 7.1. Mediante escrito de fecha 8 de abril de 2015, Luis Aragón dedujo excepción de caducidad contra la primera pretensión reconvenccional y sus pretensiones alternativas.
- 7.2. Para tales efectos, Luis Aragón sustentó su pedido señalando que su contraparte contaba con un plazo de 15 días hábiles para someter la decisión (la resolución del Contrato) o controversia a conciliación o arbitraje, siendo éste un plazo de caducidad, conforme a lo establecido en el artículo 170° del RLCE, el primer párrafo de los artículos 214° y 215° del RLCE. No obstante, si bien EGEMSA cumplió con presentar su solicitud arbitral dentro del plazo señalado, no cumplió oportunamente con cancelar los derechos administrativos del CENTRO para el inicio del arbitraje, por lo que mediante Carta s/n de fecha 27 de octubre de 2014, el CENTRO le comunicó que había procedido a archivar su solicitud arbitral.
- 7.3. En ese sentido, conforme del Acuerdo de Sala Plena N° 006/2012 del Tribunal del OSCE, de fecha 20 de setiembre de 2012, el cual señala lo siguiente: *"Lo mismo ocurre cuando pese a que la conciliación o el arbitraje se hubieran iniciado, estos son archivados definitivamente por cualquier causal, sin que pueda cuestionarse nuevamente la decisión de la Entidad por haber operado el plazo de caducidad, lo que determina que el acto que declara la resolución contractual sea igualmente firme"*, el derecho de EGEMSA caducó de pleno derecho.
- 7.4. Mediante Resolución N° 3 de fecha 20 de julio de 2015, se corrió traslado de la excepción a EGEMSA para que la conteste.
- 7.5. Mediante el escrito de fecha 4 de agosto de 2015, EGEMSA absolvió el traslado conferido, solicitando que la excepción sea declarada infundada y manifestando que la pretensión principal de la reconvencción no se encuentra dentro del supuesto del artículo 170° del RLCE.
- 7.6. Mediante Resolución N° 4 de fecha 31 de agosto de 2015, se dispuso que la excepción sería resuelta hasta el momento de expedir el Laudo Arbitral.

VIII. De la Contestación a la Reconvención presentada por el Demandante

- 8.1. Mediante escrito de fecha 8 de abril de 2015, Luis Aragón contesta la reconvención, señalando previamente lo siguiente:
- 8.2. El Demandado refiere que el Contrato suscrito con EGEMSA es uno de servicios, conforme se aprecia en las Bases y en el propio Contrato, así este debe analizarse en base a la normativa de Contrataciones de estado.
- 8.3. Respecto a la primera Pretensión, el Demandante manifiesta que la Resolución del Contrato fue realizada siguiendo rigurosamente el procedimiento de resolución contractual contemplado en la normativa de contrataciones del estado, habiendo quedado plenamente consentida, en la medida que EGEMSA no cumplió con cuestionarla por las vías establecidas por ley, generando a su vez la caducidad de su derecho para probar cometerlo a conciliación o arbitraje.
- 8.4. Es así que el Demandante afirma que el principal sustento de la pretensión de la reconvención bajo análisis es el Informe Especial N° 01-2014-2-4568, emitido por el Organo de Control Institucional (OCI de EGEMSA), el cual está adscrito a la Contraloría General de la República.
- 8.5. A tales efectos, el Demandante alega que tanto la Contraloría como sus órganos de control Interno, tiene como finalidad exclusiva la de fiscalizar la gestión pública, analizando, ex post las actividades realizadas por los funcionarios públicos a todo nivel, incluidos los Titulares de las Entidades Públicas, tal como se desprende del art. 6° de la Ley 27785.
- 8.6. Al respecto, el Demandante precisa que las funciones del Sistema de Control están referidas exclusivamente a analizar y controlar las actividades desarrolladas por los funcionarios y servidores públicos, efectuando las recomendaciones de imponer o no a estos últimos las sanciones o medidas que correspondan.
- 8.7. En ese sentido, el Demandante indica que la Participación de los Órganos de Control Interno o de la Contraloría en el íter del proceso de contratación pública se encuentra limitada o circunscrita a participaciones excepcionales y específicas, perfectamente identificadas en la normativa de contrataciones públicas, ello se puede vislumbrar a la luz del art. 41 de la LCE y del art. 66° del RLCE.
- 8.8. Es así que el Demandante manifiesta que fuera de los puntuales casos señalados, los Órganos de Control no tienen injerencia alguna en el desarrollo de un proceso de contratación, siendo la misma de cargo exclusivo de los funcionarios públicos de las Entidades Públicas convocantes de sus procesos de contrataciones, a quienes alcanza la respectiva responsabilidad administrativa por las decisiones que adoptan.

- 8.9. Una de tales facultades o competencias de las Entidad consiste en vigilar al cabal y oportuno cumplimiento de las obligaciones del contratista, adoptando las medidas que sean necesarias en caso de incumplimiento contractual de parte de éste último, pudiendo iniciar, en el caso más extremo, el procedimiento de resolución contractual contemplado en los art. 40°, literal c), de la LCE y 167° al 170 del RLCE.
- 8.10. En el presente caso, según indica el Demandante, EGEMSA presenta como sustento de los supuestos incumplimientos en los que se ha incurrido; el informe Especial N° 01-2014-2-4568, solicitando que en virtud del mismo se declare tal incumplimiento, y a la vez que se deje sin efecto la resolución contractual, exigiendo pago por los supuestos daños cometidos en mérito a los incumplimientos referidos.
- 8.11. Es así que según el Demandante, lo que EGEMSA pretende, es atribuirle responsabilidades que su OCI ha atribuido a los funcionarios del propio EGEMSA, señalados en el referido Informe Especial, olvidando que la función principal de dicho OCI se encuentra circunscrita o limitado a identificar responsabilidades de los funcionarios y servidores de la Administración Pública, siendo de competencia exclusiva de éstos últimos el de identificar las responsabilidades, omisiones o incumplimientos que hubieran podido cometer su contraparte privada (contratista) haciendo uso de los mecanismos legales que la normativa establece.
- 8.12. En ese sentido y según es de apreciarse del informe Especial, el Demandante manifiesta que en ningún extremo del mismo se atribuye directa responsabilidad a su parte, sino única y exclusivamente a los funcionarios públicos allí identificados, siguiendo escrupulosamente las disposiciones del Sistema de Control referido.
- 8.13. Así también el Demandante precisa que el análisis y conclusiones del Informe Especial se encuentran exclusivamente dirigidos a cuestionar las actividades desarrolladas y decisiones adoptadas por los funcionarios públicos que participaron o tuvieron a su cargo el Contrato, objeto del presente proceso.
- 8.14. Afirma que tiene la plena convicción de haber ejecutado sus obligaciones contractuales de manera integral, prueba de lo cual lo acreditan las diversas conformidades vigentes y consentidas.
- 8.15. Por ello es que el Demandante reitera que no corresponde a su parte absolver los cuestionamientos o conclusiones a los que ha arribado el Informe Especial.
- 8.16. Finalmente, el Demandante manifiesta que si la pretensión de la EGEMSA es imputarle supuestos incumplimientos contractuales que deriven en la resolución del contrato y pago de daños, no puede por ningún motivo respaldarse preponderantemente en un Informe Especial del OCI, el cual es elaborado para otros fines.
- 8.17. Respecto de la segunda pretensión y su pretensión condicionada a la segunda pretensión alternativa y a la segunda pretensión principal de la demanda, el

Demandante manifiesta que es importante advertir nuevamente que el sustento utilizado por EGEMSA para respaldar esta pretensión de cobro de penalidades con las premisas y conclusiones del informe Especial, el cual, como ya se ha señalado de manera amplia anteriormente, está destinado a identificar las responsabilidades administrativas de los funcionarios públicos que participaron en la administración del contrato, debiendo ellos absolver tales cuestionamientos, bajo el respectivo procedimiento administrativo y no bajo el presente proceso, tal como se señala en el Informe Especial.

- 8.18. Así también el Demandante refiere que de acuerdo con el Informe Especial, la etapa de construcción de la estación fija de aforos debía realizarse en un plazo de 60 días calendario, los cuales debían computarse desde el 06 de febrero hasta el 7 de abril de 2010, esto es 30 días calendario después de suscrito en contrato. Y es en este sentido el Demandante precisa que en la cláusula octava del Contrato, se aprecian las obligaciones a ser cumplidas por el contratista eran de carácter sucesivo, no simultáneo, debiendo verificarse en cada etapa no solo el cumplimiento de cada una sino también su respectiva aprobación por parte de la misma Entidad, lo cual tiene absoluta lógica en la medida que por ejemplo para desarrollar el Planeamiento de las Estaciones de Aforo debía previamente aprobar la misma Entidad el respectivo plan de trabajo, de la misma manera que, para dar inicio a la construcción de las estaciones de aforo debía previamente aprobarse el diseño definitivo de los mismos y antes de eso, el Planeamiento de las citadas Estaciones.
- 8.19 Es por ello que bajo tal premisa, el Demandante refiere que no existe atraso de 200 días calendario como se señala en el Informe Especial.
- 8.20 Así el Demandante manifiesta que en primer lugar, el informe Especial refiere que las obras de construcción debían ser iniciadas el 06 de febrero de 2010, esto es a los 30 días calendario de suscrito el contrato, bajo la premisa que los informes N° 1 y N° 2 debían ser elaborados a los 10 y 20 días calendario, respectivamente.
- 8.21 Así mediante carta EE-010-2010-EGEMSA, de fecha 25 de febrero de 2010, se formularon observaciones al plan de trabajo (primer informe), por lo que recién fue aprobado por la Entidad el 17 de marzo de 2010, mediante Carta N° EAA-002-2010-EGEMSA/JT, fecha a partir de la cual debían computarse recién los 20 días calendario para presentar el segundo informe.
- 8.22 En este punto, el Demandante precisa que mediante carta N° 016-LAG-06/2010, de fecha 25 de marzo de 2010, solicitó la suspensión del servicio hasta el 30 de mayo de 2010, debiendo precisarse que hasta ese momento aún no se había verificado el plazo para el inicio de las obras de construcción, conforme al contrato.
- 8.23 De esta manera y dentro del plazo de 20 días calendario, el demandante afirma que mediante carta N° 018-LAG-06/2010, del 08 de junio de 2010, presentaron el informe N° 2, el cual había sido aprobado mediante carta N° EAA-008-2010-EGEMSA/JT, recibida el 05 de setiembre de 2010.

- 8.24 Asimismo, precisa que en la propia Carta N° EAA-008-2010-EGEMSA/JT, se estableció expresamente no solo la aprobación del informe N° 2, sino también la referencia a determinadas observaciones, las mismas que debían ser subsanadas mediante el tercer informe, Avance 1, lo cual evidencia, por propia manifestación de EGEMSA que el informe N° 3, Avance 1, que es el que correspondía a continuación, debía ser elaborado con posterioridad a la aprobación del Segundo y no antes, lo cual abunda en el carácter sucesivo o por etapas del servicio, previas aprobaciones en cada estamento.
- 8.25 El Demandante, mostrando el punto V de la carta N° EAA-008-2010-EGEMSA/JT, de su contestación a la reconvencción, manifiesta que EGEMSA, reafirma en la última parte, la necesidad de contar con la aprobación previa de la misma, respecto del diseño definitivo para el inicio de las obras de construcción.
- 8.26 Bajo dicha premisa, el Demandante refiere que con Carta N° 025-LAG-09/2010, del 27 de setiembre de 2010, su parte cumplió con presentar, previo a la ejecución de las obras de construcción, el diseño definitivo exigido por la propia EGEMSA en la Carta N° EAA-008-2010-EGEMSA/JT, siendo aprobado recién el 13 de octubre de 2010, mediante Carta N° EAA-011-2010-EGEMSA/JT.
- 8.27 Mediante carta N° 028-LAG-10/2010 de fecha 26 de octubre de 2010, el Demandante refiere que presentaron el informe N° 3-Avance 2.
- 8.28 En este punto, el Demandante precisa que mediante Carta N° 031-LAG-10/2010, del 22 de noviembre de 2010 solicitó a EGEMSA la suspensión de la ejecución de obra en la estación de aforos, hasta el 01 de junio de 2011, la cual fue luego ampliada mediante Carta N° 050-LAG-05/2011, de fecha 27 de mayo de 2011, por un plazo adicional de 30 días, resultando el reinicio de la obra el 01 de julio de 2011. Asimismo, se solicitó nuevamente una ampliación de plazo hasta el 30 de julio de 2011, mediante Carta N° 052-LAG-07/2011, de fecha 04 de julio de 2011, todas las cuales fueron debidamente concedidas por la propia EGEMSA.
- 8.29 Así reiniciado el plazo de ejecución, luego de las sucesivas suspensiones, el Demandante señala que se aprueba el Tercer Informe-Avance 2, mediante Carta N° EAA-039-2011-EGEMSA/SB de fecha 14 de setiembre de 2011.
- 8.30 En el ínterin, mediante carta N° 056-LAG-07/2011, del 10 de agosto del 2011, el Demandante afirma que presentó la solicitud de trámite del 3er informe -avance 3, la cual fue igualmente aprobada el 28 de diciembre de 2011, mediante Carta N° EAA-042-2011-EGEMSA/SB.
- 8.31 Así también el Demandante precisa que el Informe N° 061-LAG-07/2011, del 06 de setiembre de 2011, referido en el Informe Especial, responde a observaciones efectuadas por EGEMSA mediante carta N° EAA-037-2011-EGEMSA/SB, no siendo un informe que demuestre un avance parcial de la construcción, como se pretende interpretar erróneamente.

- 8.32 Finalmente, el Demandante manifiesta que ha respetado los plazos rigurosamente demostrando que las supuestas demoras o retrasos invocados en el Informe Especial obedecen a una incorrecta interpretación de los alcances del Contrato y demás comunicaciones cursadas por EGEMSA.
- 8.33 Por ello el Demandante concluye que no corresponde que EGEMSA endose al presente arbitraje el Informe Especial como prueba plena de sus atrasos, en la medida que, dicho informe está encaminado a identificar responsabilidades administrativas de los funcionarios de la propia EGEMSA más no del Demandante.
- 8.34 Mediante Resolución N° 3 de fecha 20 de julio de 2015 se admitió a trámite la contestación a la reconvención.

IX. Fijación de Puntos Controvertidos:

- 9.1. Con fecha 16 de setiembre de 2015 se realizó la Audiencia de Fijación de Puntos Controvertidos. En dicho acto, el Árbitro Único invocó a las partes para que llegaran a un acuerdo conciliatorio, manifestando los representantes de las partes que por el momento no era posible llegar a un acuerdo conciliatorio. No obstante, en aquella oportunidad se dejó abierta la posibilidad de que ellas logren dicho acuerdo en cualquier etapa del arbitraje.
- 9.2. Posteriormente, el Árbitro Único con la participación de las partes, estableció los puntos controvertidos, sobre la base de las pretensiones y defensas planteadas:

Respecto a la demanda presentada el 8 de febrero de 2015; así como la contestación de la demanda presentada el 13 de marzo de 2015, la reconvención presentada el 13 de marzo de 2015 y la contestación a la reconvención presentada el 8 de abril de 2015:

Primer Punto Controvertido: Determinar si corresponde o no que se declare consentida la resolución del Contrato de Servicio N° 01-2010, para la Ejecución de Aforos y Mejoramiento de Estaciones Linnimitricas en el Río Aobamba, formulada por el Ing. LUIS ARAGON GRANEROS mediante Carta Notarial N° 003-2014-LAG/AL de fecha 11 de septiembre de 2014.

Segundo Punto Controvertido: De determinarse de forma negativa el punto anterior, determinar si corresponde o no que se ratifique la resolución del Contrato de Servicio N° 01-2010, para la Ejecución de Aforos y Mejoramiento de Estaciones Linnimitricas en el Río Aobamba, formulada por el Ing. Luis Aragón Graneros mediante Carta Notarial N° 003-2014-LAG/AL de fecha 11 de setiembre de 2014.

Tercer Punto Controvertido: Determinar si corresponde o no que se ordene a EGEMSA pagar al señor Luis Aragón Graneros indemnización de daños y perjuicios, como consecuencia de la resolución del Contrato de Servicio Nro 01-2010, por los siguientes conceptos:

Daño Emergente:

- El pago de los servicios ejecutados correspondientes al cuarto informe del Contrato, el cual asciende a la suma de S/. 26.000.00 (Veintiséis Mil con 00/100 Nuevos Soles).
- Intereses legales correspondientes al cuarto pago, los cuales deben ser computados desde el 23 de julio de 2014 hasta la fecha efectiva en que se pague el capital.
- El pago de los servicios ejecutados, correspondientes al quinto informe del Contrato, el cual asciende a la suma de S/. 26.000.00 (Veintiséis Mil con 00/100 Nuevos Soles).
- Intereses legales correspondientes al quinto pago, los cuales deben ser computados desde el 02 de septiembre de 2014 hasta la fecha efectiva en que se pague el capital.
- Gastos financieros por las sucesivas renovaciones de la carta fianza N° 005324 de fiel cumplimiento.

Cuarto Punto Controvertido: Determinar si corresponde o no que se ordene a EGEMSA la devolución de la Garantía de Fiel Cumplimiento, constituida por la Carta Fianza N° 005324, ascendente a la suma de S/. 26.000.00 (Veintiséis Mil con 00/100 Nuevos Soles), como consecuencia de la conclusión del Contrato de Servicio N° 01-2010, para la Ejecución de Aforos y Mejoramiento de Estaciones Linnimitricas en el Río Aobamba.

Quinto Punto Controvertido: Determinar si corresponde o no que se declare el incumplimiento del Contrato de Servicios por parte de Luis Aragón, al no haber ejecutado y/o haber realizado una incorrecta medición de aforos y/o haber omitido la construcción de gaviones y solado en el lugar destinado para la construcción de la estación fija de aforos.

Sexto Punto Controvertido: De determinarse el amparo del punto anterior determinar si corresponde como pretensión alternativa o no que se deje sin efecto la resolución de Contrato, por haberse encontrado el demandante en incumplimiento al momento de ejercer su resolución y se le ordene el cumplimiento exacto e integral del mismo.

Séptimo Punto Controvertido: De determinarse el amparo del punto quinto, determinar si corresponde como pretensión alternativa que se condene a Luis Aragón al pago de la suma de S/. 122,616.25 por daños y perjuicios derivados del incumplimiento de sus obligaciones.

Octavo Punto Controvertido: Determinar si corresponde o no que se condene a Luis Aragón al pago de S/ 26,000.00 por concepto de penalidad por retraso en la

ejecución de la prestación consistente en la construcción de la estación fija para aforos.

Noveno Punto Controvertido: De determinarse afirmativamente el tercer punto controvertido y el séptimo punto controvertido y sea esta la elegida a cumplir por Luis Aragón o EGEMSA, y/o el octavo punto controvertido, se determine si corresponde disponer la compensación de dichas obligaciones y se ordene a Luis Aragón que pague la suma remanente a favor de EGEMSA, si la hubiere.

Décimo Punto Controvertido: Determinar a quién corresponde el pago de costas y costos del proceso.

- 9.3. El Árbitro Único dejó establecido que se reserva la facultad de analizar los puntos controvertidos en el orden que considere apropiado, sin que éste sea necesariamente el establecido en la respectiva Acta.
- 9.4. Asimismo, si de ser el caso, decide pronunciarse sobre alguno de ellos, y de ello resulta que carece de objeto emitir pronunciamiento sobre uno o varios de los otros con lo que guarde vinculación por la secuencia lógica de razonamiento, podrá omitir pronunciarse sobre estos últimos, expresando las razones de dicha omisión, sin que ello genere algún tipo de nulidad.
- 9.5. Respecto a la determinación de los puntos controvertidos y a las reglas establecidas por el Árbitro Único, las partes expresaron su conformidad.

X. Admisión de Medios Probatorios:

- 10.1. Acto seguido se admitieron como medios probatorios en el presente proceso, los siguientes:

Demanda, contestación a la reconvencción y otros:

- De parte de Luis Aragón: Los documentos ofrecidos y presentados en su escrito de demanda y su subsanación, señalados en el Acápito X. denominado "MEDIOS PROBATORIOS", los cuales figuran en calidad de anexos desde el Anexo 1 al 16, así como los ofrecidos mediante escrito de fecha 30 de marzo de 2015.
- Asimismo, el Informe Técnico emitido por SENAMHI CUSCO en octubre de 2010, ofrecido en su escrito de fecha 15 de setiembre de 2015.
- Los documentos ofrecidos y presentados en su escrito de fecha 15 de julio de 2016, señalados en el Acápito "MEDIOS PROBATORIOS", los cuales figuran en calidad de anexos desde el Anexo 1A al 10A.
- Finalmente, la exhibición que realizó EGEMSA a través del escrito presentado con fecha 19 de diciembre de 2016, respecto de la Propuesta Técnica de Luis

Aragón, en virtud de la cual se le otorgó la buena pro en la Adjudicación Directa Pública N° ADP-002-2009-EGEMSA.

Contestación de demanda:

- De parte de EGEMSA: Los documentos ofrecidos y presentados en su escrito de contestación de demanda y su reconvención, señalados en el Acápite III denominado " MEDIOS PROBATORIOS", desde el numeral 1 al 5, los cuales figuran en calidad de anexos.
- Asimismo la pericia de parte de EGEMSA ofrecida en su escrito de contestación de demanda y su reconvención, señalada en el Acápite III denominado "MEDIOS PROBATORIOS", identificado en el numeral 6 de dicho escrito.

Pruebas de Oficio:

El Árbitro Único se reservaría el derecho de solicitar medios probatorios de oficio en cualquier momento, de considerarlo necesario para el esclarecimiento de los hechos que sustentan la controversia que deberá ser materia de su decisión, de conformidad con el artículo 43° del Decreto Legislativo N° 1071, Ley de Arbitraje.

Audiencias Especiales:

Asimismo, el Árbitro Único señaló que, de considerarlo necesario, citará a las partes a cuantas audiencias sean necesarias siempre que ello contribuya a esclarecer la controversia sometida al presente arbitraje.



XI. De la Audiencia de Sustentación Pericial

- 11.1. Con fecha 1 de julio de 2016 se realizó la audiencia de Sustentación Pericial, con la asistencia de Luis Aragón y EGEMSA, la cual tuvo como finalidad actuar la pericia de parte del demandado.

XII. Del cierre de la Etapa Probatoria y de los Alegatos Finales

- 12.1. Mediante Resolución N° 17 de fecha 3 de enero de 2017 se declaró concluida la etapa probatoria del arbitraje y se otorgó a las partes un plazo de cinco (5) días hábiles, para presentar sus alegatos escritos.
- 12.2. Con fecha 12 de enero de 2017, ambas partes presentaron sus alegatos escritos.

XIII. De la Audiencia de Informe Oral y el Plazo para Laudar.

- 13.1. Con fecha 27 de enero de 2017 se llevó a cabo la Audiencia de Informes Orales.

- 13.2. Mediante Resolución N° 19 de fecha 24 de febrero de 2017, se fijó en treinta (30) días hábiles, el plazo para laudar, el cual podrá ser prorrogado por el mismo plazo.

XIV. Prórroga para laudar

- 14.1. Mediante Resolución N° 20 emitida el 05 de abril de 2017, el Árbitro Único resolvió prorrogar el plazo para laudar en treinta días hábiles adicionales.

CONSIDERANDOS:

1. Antes de entrar a analizar la materia controvertida, corresponde confirmar lo siguiente:
- Que el Árbitro Único se constituyó de conformidad con la designación efectuada mediante comunicación del 01 de julio de 2015, y actuó de acuerdo a lo dispuesto en el Convenio Arbitral, suscrito por las partes el 06 de enero de 2010 en el marco del Contrato de Servicios N° 01-2010.
 - Que en ninguna etapa del proceso arbitral se recusó al Árbitro Único, o se impugnó o reclamó contra las disposiciones de procedimiento dispuestas en el Acta de Instalación.
 - Que, el señor Luis Aragón presentó su demanda en los términos y plazos dispuestos en el Acta de Instalación.
 - Que EGEMSA fue debidamente emplazada con la demanda y cumplió con presentar su contestación de demanda.
 - Que las partes tuvieron plena oportunidad para ofrecer y actuar todos sus medios probatorios, así como tuvieron la facultad de presentar alegatos o solicitar el uso de la palabra para informar ante el Árbitro Único.
 - Que, el Árbitro Único ha procedido a laudar dentro de los plazos establecidos en el Acta de Instalación, los mismos que fueron aceptados por las partes.
2. En atención a lo dispuesto en el artículo 41 del Decreto Legislativo 1071 y el artículo 44 del Reglamento del Centro de Arbitraje de la PUCP, corresponde que el Árbitro Único se pronuncie en primer término acerca de las excepciones deducidas tanto por EGEMSA en su escrito de contestación, así como por Luis Aragón en su escrito de demanda.

EXCEPCIÓN DE CADUCIDAD FORMULADA POR EGEMSA

3. De acuerdo con lo normado en el artículo 44 del Reglamento del Centro de Arbitraje de la PUCP, el demandado se encuentra habilitado para deducir las

excepciones y defensas previas que considere pertinentes, dentro del plazo de cinco días de notificado con la demanda.

En tal sentido, EGEMSA absolvió a través de su escrito N° 01 el escrito de demanda que le fuera notificado con fecha 27 de febrero de 2015. En el primer otrosí de dicho escrito, EGEMSA procedió a deducir excepción de caducidad respecto de la segunda pretensión principal de la demanda, en el extremo referido al pago de los servicios correspondientes al cuarto y quinto informe del Contrato, cada uno por S/. 26,000.00 más intereses, al haber incurrido en el supuesto de caducidad previsto en el artículo 181 del Reglamento de las Ley de Contrataciones del Estado.

Posición de EGEMSA

4. EGEMSA deduce su excepción sobre la base de las disposiciones referidas al plazo de caducidad contenidas en el artículo 181 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, cuyo texto señala:

"Artículo 181.- Plazos para los pagos

(...)

Las controversias en relación a los pagos que la Entidad debe efectuar al contratista podrán ser sometidas a conciliación y/o arbitraje dentro del plazo de quince (15) días hábiles siguientes de vencido el plazo para hacer efectivo el pago."

De igual forma, EGEMSA sustenta su postura en lo previsto por el artículo 52 del Decreto Legislativo 1017, que establece lo siguiente:

"Artículo 52.- Solución de controversias

(...)

52.2. Los procedimientos de conciliación y/o arbitraje deben solicitarse en cualquier momento anterior a la fecha de culminación del contrato. Para los casos específicos en los que la materia en controversia se refiera a nulidad de contrato, resolución de contrato, ampliación de plazo contractual, recepción y conformidad de la prestación, valorizaciones o metrados, liquidación del contrato y pago, se debe iniciar el respectivo procedimiento dentro del plazo de quince (15) días hábiles conforme lo señalado en el reglamento. La parte que solicita la conciliación y/o arbitraje debe ponerla en conocimiento del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE) en el plazo establecido en el reglamento, salvo cuando se trate de un arbitraje administrado por dicho organismo o cuando éste designe a los árbitros. (...)."

En atención a dichas disposiciones, EGEMSA solicita se declare fundada su excepción de caducidad y, en consecuencia, se declare la extinción de la acción, así como también el derecho de Luis Aragón para solicitar el pago de los servicios correspondientes al cuarto y quinto informe del Contrato.

Posición de Luis Aragón

5. Por su parte, Luis Aragón absolvió la excepción precisando que las normas invocadas por EGEMSA para sustentarla, es decir, los artículos 52 de la Ley y 181 del Reglamento, no resultan aplicables al fondo del asunto.

Al respecto, sostiene que el texto del artículo 52 de la Ley invocado por EGEMSA, deriva de una modificación a la Ley de Contrataciones del Estado efectuada mediante la Ley 29873, cuya vigencia operó desde el 20 de setiembre de 2012. Asimismo, sustenta su posición en lo establecido por la Segunda y la Tercera Disposición Complementaria Final de la Ley 29873, cuyo tenor es el siguiente:

"Segunda. Vigencia de la ley

La presente ley entra en vigencia a partir del trigésimo día hábil siguiente de la publicación de la modificación del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado mediante el Decreto Supremo 184-2008-EF."

Tercera. Aplicación de la ley

La presente ley es aplicable a las contrataciones cuyos procesos de selección se convoquen a partir de su entrada en vigencia."

De acuerdo a lo señalado, Luis Aragón concluye que las disposiciones de la Ley 29873, entre ellas la del artículo 52 de la Ley de Contrataciones del Estado, entraron en vigencia recién el 20 de setiembre de 2012, y por tanto solo son aplicables a las contrataciones cuyos procesos de selección fueron convocados a partir de esa fecha.

En similares términos, Luis Aragón afirma que las disposiciones del Decreto Supremo 138-2012-EF, que introdujo el tercer párrafo del artículo 181 invocado por EGEMSA, entraron en vigencia el 20 de setiembre de 2012 y, en consecuencia, tampoco son de aplicación al presente arbitraje. Para ello, remite al texto del artículo 5 del Decreto Supremo 138-2012-EF, que se cita a continuación:

"Artículo 5.- Vigencia

El presente Decreto Supremo entrará en vigencia a partir del trigésimo día hábil siguiente de su publicación en el Diario Oficial El Peruano."

En base a los argumentos señalados, y tomando en consideración que de acuerdo al Cronograma del proceso de selección la convocatoria se efectuó el 27 de noviembre de 2009, el contrato objeto del presente arbitraje debía regirse únicamente por las disposiciones de la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento vigentes al momento de la convocatoria, Luis Aragón solicita se declare infundada la excepción de caducidad deducida por EGEMSA.

Posición del Árbitro Único

6. La excepción de caducidad constituye uno de los medios de defensa formal que tiene el demandado para cuestionar la validez de la relación procesal. En tal

sentido, dependerá de la procedencia o improcedencia de la misma el análisis de las demás cuestiones planteadas en el presente arbitraje.

7. EGEMSA señala que Luis Aragón no se encuentra facultado para solicitar el pago de los servicios correspondientes al cuarto y quinto informe del Contrato por haber iniciado el arbitraje fuera del plazo establecido por los artículos 52 de la Ley y 181 del Reglamento.

Por su parte, Luis Aragón sostiene que el texto de los artículos invocados por EGEMSA derivan de una modificación a la Ley y Reglamento cuya vigencia es posterior a la convocatoria y, en consecuencia, no resultan aplicables a la controversia materia de este arbitraje.

8. De la revisión de los medios probatorios ofrecidos en la demanda, el Árbitro Único aprecia que las Bases de la Adjudicación Directa Pública ADP-002-2009-EGEMSA, sobre "Ejecución de aforos y mejoramiento de estaciones limnométricas en el Río Aobamba" (en adelante, Bases Integradas), en el apartado 1.9 del Capítulo I, señala que la Base Legal de esta convocatoria la constituye el Decreto Legislativo 1017, Ley de Contrataciones del Estado, y el Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado por Decreto Supremo 184-2008-EF, y sus modificatorias.

Al respecto, se debe tener presente que cuando se señala que la base legal de un proceso de adjudicación está constituido por una norma y sus modificatorias, se debe entender que tal disposición no comprende las modificatorias que se efectúen en forma posterior a la convocatoria.

En cambio, significa que son aplicables al proceso de selección la norma original y las modificatorias de la misma que hayan sido publicadas hasta antes del inicio de la convocatoria al proceso. Admitir un sentido distinto produciría una situación de incertidumbre jurídica, tanto para el contratista como para la entidad.

En esa misma línea, el apartado 3.10 de las Bases de la Adjudicación Directa Pública ADP-002-2009-EGEMSA permite aclarar la confusión al establecer lo siguiente:

"3.10. DISPOSICIONES FINALES

El presente proceso se rige por las bases y lo que establece el Texto Único Ordenado de la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento, así como por las disposiciones legales vigentes."

9. En atención a los argumentos señalados, corresponde verificar cuáles fueron las normas sobre contrataciones del Estado que estuvieron vigentes al momento de la convocatoria del proceso de selección. En concreto, se deberá analizar si la versión de los artículos 52 de la Ley y 181 del Reglamento, invocados por EGEMSA, estuvieron vigentes al momento de la convocatoria en 2009.

Al respecto, el Árbitro Único constata en el Sistema Peruano de Información Jurídica que, en tanto el proceso de selección del contrato se desarrolló en 2009, la norma aplicable es la que está expresada en los siguientes términos:

"Artículo 52.- Solución de controversias

Las controversias que surjan entre las partes sobre la ejecución, interpretación, resolución, inexistencia, ineficacia, nulidad o invalidez del contrato, se resolverán mediante conciliación o arbitraje, según el acuerdo de las partes, debiendo solicitarle el inicio de estos procedimientos en cualquier momento anterior a la fecha de culminación de contrato, considerada ésta de manera independiente. Este plazo es de caducidad, salvo para los reclamos, en cuyo caso, el plazo de caducidad será el que se fije en función del artículo 50 de la presente norma, y se computará a partir de la conformidad otorgada por la Entidad.

El arbitraje será de derecho, a ser resuelto, por árbitro único o tribunal arbitral mediante la aplicación del presente Decreto legislativo y su Reglamento, así como de las normas de derecho público y las de derecho privado; manteniendo obligatoriamente este orden de preferencia en la aplicación del derecho.

El árbitro único y el presidente del tribunal arbitral deben ser necesariamente abogados, que cuenten con especialización acreditada en derecho administrativo, arbitraje y contrataciones con el Estado, pudiendo los demás integrantes del colegiado ser expertos o profesionales en otras materias. La designación de los árbitros y demás aspectos de la composición del tribunal arbitral serán regulados en el Reglamento.

Los árbitros deben cumplir con la obligación de informar oportunamente si existe alguna circunstancia que les impida ejercer el cargo con independencia, imparcialidad y autonomía, encontrándose sujetos a lo establecido en el Código de Ética que apruebe el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado – OSCE. Los árbitros que incumplan con esa obligación serán sancionados en aplicación del Reglamento y el Código de Ética. El deber de informar se mantiene a lo largo de todo el arbitraje. Las partes pueden dispensar a los árbitros de las causales de recusación que no constituyan impedimento absoluto.

Cuando exista un arbitraje en curso y surja una nueva controversia derivada del mismo contrato y tratándose de arbitraje ad hoc, cualquiera de las partes puede solicitar a los árbitros la acumulación de las pretensiones a dicho arbitraje, debiendo hacerlo dentro del plazo de caducidad previsto en el primer párrafo del presente artículo. No obstante, en el convenio arbitral se podrá establecer que sólo procederá la acumulación de pretensiones cuando ambas partes estén de acuerdo y se cumpla con las formalidades establecidas en el propio convenio arbitral; de no mediar dicho acuerdo, no procederá la acumulación.

El laudo arbitral de derecho es inapelable, definitivo y obligatorio para las partes desde el momento de su notificación, debiendo ser remitido por el árbitro único o tribunal Arbitral al Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado – OSCE, dentro del plazo establecido por el Reglamento. Cuando corresponda, el Tribunal de Contrataciones del Estado

impondrá sanciones económicas en caso de incumplimiento en la remisión de laudo, de acuerdo a lo establecido en el Reglamento.

El arbitraje a que se refiere la presente norma se desarrolla en cumplimiento del Principio de Transparencia, debiendo el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado – OSCE disponer la publicación de los laudos y actas, así como su utilización para el desarrollo de estudios especializados en materia de arbitraje administrativo.

Asimismo, los procedimientos de conciliación y arbitraje se sujetarán supletoriamente a lo dispuesto por las leyes de la materia, siempre que no se opongan a lo establecido en la presente norma y su Reglamento.”

De igual manera, el Árbitro Único verifica que la Ley 29873, que modifica disposiciones de la Ley de Contrataciones del Estado, incluyendo al artículo 52, fue publicada el 01 de junio de 2012. En ese sentido, la nueva versión del artículo resulta de aplicación para todos los procesos de selección iniciados a partir de su entrada en vigencia en dicho año, pero no resulta aplicable a la Adjudicación Directa Pública ADP-002-2009-EGEMSA, por lo que corresponde declarar infundada la excepción deducida.

10. En lo concerniente a la vigencia de la versión del artículo 181 del Reglamento empleada por EGEMSA para sustentar su excepción, el Árbitro Único verifica en el Sistema Peruano de Información Jurídica que el texto original del artículo en cuestión estaba expresado en los siguientes términos:

“Artículo 181.- Plazos para los pagos

La Entidad deberá pagar las contraprestaciones a favor del contratista en la oportunidad establecida en las bases o en el contrato. Para tal efecto, el responsable de dar la conformidad de los bienes o servicios, deberá hacerlo en un plazo que no excederá de los diez (10) días calendario de ser éstos recibidos.

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, contado desde la oportunidad en que el pago debió efectuarse.”

El Árbitro Único aprecia de la norma glosada, que el artículo 181 del Reglamento vigente al momento de la convocatoria del proceso de selección de la Adjudicación Directa Pública ADP-002-2009-EGEMSA, y por tanto aplicable al mismo, no contenía plazos de caducidad para el sometimiento de las controversias a conciliación o arbitraje. En atención a ello, corresponde declarar infundada la excepción deducida por EGEMSA por estar amparada en una norma inaplicable al presente arbitraje.

11. Siendo así, no puede luego ampararse la procedencia de la excepción de caducidad solicitada por EGEMSA, en la medida que su base legal no se corresponde temporalmente con el proceso de selección que dio origen al contrato objeto del presente arbitraje.

Por estas razones, el Árbitro Único considera que corresponde declarar INFUNDADA la excepción de caducidad deducida por EGEMSA contra la segunda pretensión principal de la demanda.

EXCEPCIÓN DE CADUCIDAD FORMULADA POR LUIS ARAGÓN

12. En atención a lo normado en el artículo 44 del Reglamento del Centro de Arbitraje de la PUCP, el reconvenido se encuentra habilitado para deducir las excepciones y defensas previas que considere pertinentes, dentro del plazo de cinco días de notificado con la demanda.

En tal sentido, Luis Aragón en el primer otrosí de su escrito N° 01 dedujo excepción de caducidad respecto de la primera pretensión principal de la reconvención en el extremo que solicita que se declare el incumplimiento del contrato de servicios por parte del contratista. La referida excepción alcanza también a las pretensiones alternativas referidas a la solicitud de EGEMSA para que se deje sin efecto la resolución del contrato y se condene a Luis Aragón al pago de S/. 122,616.25 por daños y perjuicios derivados del incumplimiento de sus obligaciones.

Posición de Luis Aragón

13. El reconvenido sustenta su excepción de caducidad alegando que con fecha 05 de setiembre de 2014, remitió la Carta Notarial 002-2014-LAG/AL por medio de la cual requirió a EGEMSA que cumpla con su obligación de pagar los servicios correspondientes al cuarto y quinto informe del Contrato, en el plazo máximo de 03 días, bajo apercibimiento de resolución de contrato.

Debido al incumplimiento de EGEMSA, Luis Aragón resolvió en forma total el Contrato, notificándolo a EGEMSA mediante la Carta Notarial 003-2014-LAG/AL de fecha 11 de setiembre de 2014.

Una vez notificada con la resolución del contrato, EGEMSA procedió a presentar solicitud arbitral dentro del plazo señalado en el artículo 170 del Reglamento, sin embargo, al no haber efectuado el pago de los derechos administrativos del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú, con fecha 27 de octubre de 2014, dicho centro archivó su solicitud, teniéndola por no presentada.

En razón de esto último, Luis Aragón respalda su excepción en el Acuerdo de Sala Plena N° 006/2012 del Tribunal de Contrataciones del OSCE, de fecha 20 de setiembre de 2012, según el cual la resolución del contrato queda consentida si ninguna de las partes recurre a los mecanismos de solución establecidos en la Ley, el Reglamento o en el contrato, dentro del plazo de 15 días.

En el mismo sentido, el referido Acuerdo precisa que:

"(...) lo mismo ocurre cuando, pese a que la conciliación o el arbitraje se hubieran iniciado, éstos son archivados definitivamente por cualquier causal, sin que pueda cuestionarse nuevamente la decisión de la Entidad por haber operado el plazo de caducidad, lo que determina que el acto que declara la resolución contractual, sea igualmente firme."

Luis Aragón deduce la excepción de caducidad sobre la base de las disposiciones previstas en el tercer párrafo del artículo 170 del Reglamento, cuyo texto se cita a continuación:

*"Artículo 170.- Efectos de la resolución
(...)"*

Cualquier controversia relacionada con la resolución del contrato podrá ser sometida por la parte interesada a conciliación y/o arbitraje dentro de los quince (15) días hábiles siguientes de comunicada la resolución. Vencido este plazo sin que se haya iniciado ninguno de estos procedimientos, se entenderá que la resolución del contrato ha quedado consentida."

En el mismo orden de ideas, argumenta que el plazo contenido en el citado artículo 170 es uno de caducidad, de conformidad con lo establecido en el artículo 215 del Reglamento, cuyo tenor es el siguiente:

"Artículo 215.- Inicio del Arbitraje"

*Cualquiera de las partes tiene derecho a solicitar una conciliación dentro del plazo de caducidad previsto en los artículos 144, **170**, 175, 177, 199, 201, 209, 210 y 211 o, en su defecto, en el artículo 52 de la Ley."*

En atención a los argumentos y disposiciones expuestas, Luis Aragón solicita se declare fundada su excepción de caducidad y en consecuencia, extintos la acción y el derecho de EGEMSA para que se declare el incumplimiento del Contrato por parte de Luis Aragón, así como las pretensiones accesorias condicionadas a ésta.

Posición de EGEMSA

14. Por su parte, EGEMSA absuelve la excepción señalando que la primera pretensión principal de su reconvención es de tipo declarativa y que por tanto se encuentra fuera de los alcances del plazo de caducidad establecido en el artículo 170 del Reglamento. Precisa, asimismo, que no existe un plazo en dicha norma ni en ninguna otra para declarar la existencia de una mera situación.

EGEMSA apoya su postura sosteniendo que la primera pretensión principal de la reconvención solo busca la certeza declarativa del incumplimiento contractual, y que al tratarse de una situación fáctica no se encuentra dentro del plazo de caducidad establecido en la norma.

Asimismo, argumenta que la declaración de incumplimiento del contrato constituye un asunto totalmente autónomo a la resolución del mismo efectuado por Luis Aragón. En consecuencia, sostiene que mediante la primera pretensión principal de


la reconvencción no se cuestiona la resolución del contrato, ni los motivos de la misma.

Por otro lado, EGEMSA precisa que en tanto las pretensiones alternativas condicionadas a la primera pretensión principal de la reconvencción no fueron materia de la excepción de caducidad deducida por Luis Aragón, el Árbitro Único puede pronunciarse sobre todas ellas.

EGEMSA infiere que el plazo de caducidad establecido en el artículo 170 del Reglamento, no puede entenderse en supuestos en los cuales se presenten vicios de inexistencia, nulidad o legitimidad en el propio acto resolutivo, debido a que la caducidad no subsana la ineficacia de dicha resolución.

En base a los argumentos señalados, y tomando en consideración que la segunda pretensión principal y las pretensiones condicionadas contenidas en la reconvencción no han sido materia de excepción alguna, EGEMSA solicita que se declare INFUNDADA la excepción de caducidad deducida por Luis Aragón.

Posición del Árbitro Único

- 
15. Luis Aragón sostiene que la excepción de caducidad debe proceder debido a que EGEMSA no sometió a arbitraje o conciliación la resolución del contrato dentro de los plazos de caducidad establecidos en la norma. Por su parte, EGEMSA solicita se declare infundada la excepción debido a la naturaleza declarativa de la primera pretensión principal de su reconvencción, y además porque el acto resolutivo estaría afectado por vicios de nulidad.
 16. La declaración de una situación de hecho requiere, en primer término, que se demuestre su existencia. Al respecto, el Árbitro Único aprecia que la primera pretensión reconvenccional ha sido sustentada por EGEMSA mediante las conclusiones del Informe Especial N° 01-2014-2-4568 emitido por su Órgano de Control Institucional.

Por su parte, Luis Aragón ha sostenido que las premisas y conclusiones a las que arriba el Informe Especial se encuentran exclusivamente dirigidas a cuestionar la actuación de los funcionarios públicos de EGEMSA. De igual forma sostiene que no le corresponde absolver los cuestionamientos o conclusiones de dicho informe "(...) *porque ninguna disposición normativa de contrataciones públicas nos exige seguir un procedimiento distinto al contemplado en los artículos 167 al 170.*"

Al respecto, el Árbitro Único considera que la remisión al Informe Especial emitido por el Órgano de Control Institucional de EGEMSA no constituye la creación de nuevos procedimientos distintos a los exigidos por la normativa de contratación estatal, como afirma el señor Luis Aragón. Por el contrario, debe entenderse como la actuación de uno de los medios probatorios ofrecidos por EGEMSA para constatar la existencia o inexistencia de una situación de hecho con la única finalidad de identificar la naturaleza declarativa o constitutiva de la pretensión principal de la reconvencción.

De la revisión del escrito N° 01 presentado por EGEMSA con fecha 13 de marzo de 2014, el Árbitro Único aprecia que la primera pretensión principal de la reconvención busca que "se declare el incumplimiento del Contrato de Servicios por parte del señor Luis Aragón (...)". En tal sentido, confirma que es de naturaleza declarativa en la medida que está orientada a que se reconozca una situación de hecho preexistente al inicio del presente arbitraje.

17. Una vez determinada la naturaleza declarativa de la pretensión objeto de la excepción deducida, corresponde analizar si los plazos de caducidad previstos en la normativa de contratación estatal resultan aplicables a este tipo de pretensión.

Al respecto, una cuestión a tener en cuenta es que el plazo de caducidad previsto en el artículo 170 del Reglamento, está referido a "*controversias relacionadas con la resolución del contrato.*" En ese sentido, es necesario precisar que el incumplimiento y la resolución contractual, pese a estar relacionadas, son figuras distintas.

La diferencia entre el incumplimiento y la resolución se identifica en la Opinión 027-14-/DTN del OSCE, la misma que describe a la resolución en los siguientes términos:

"(...) la resolución del contrato es una forma anticipada de extinción del contrato prevista para situaciones que imposibiliten ejecutar las prestaciones pactadas o como paliativo ante el incumplimiento de estas por alguna de las partes."

Conforme se aprecia de la opinión glosada, el incumplimiento es una de las causas de resolución del contrato, sin embargo no es la única. Esto último se constata en la facultad que el contrato ha otorgado a las partes para que ante el incumplimiento de su contraparte, requieran el cumplimiento de las prestaciones que ésta tuviera a su cargo, tal como se ha previsto en la cláusula décimo tercera del contrato, conforme se detalla a continuación:

"CLÁUSULA DÉCIMO TERCERA: RESOLUCIÓN DEL CONTRATO

13.1. Si alguna de las partes falta al cumplimiento de sus obligaciones, la parte perjudicada deberá requerirla mediante carta notarial, para que las satisfaga en un plazo no mayor a tres (03) días, bajo apercibimiento de resolver el contrato. Si vencido dicho plazo el incumplimiento continúa, la parte perjudicada resolverá el contrato en forma total o parcial, mediante carta notarial.

(...)

13.3. EL CONTRATISTA podrá solicitar la resolución del contrato, de conformidad con el inciso c) del artículo 40 de la Ley, en los casos en que EGEMSA incumpla injustificadamente sus obligaciones, siempre que EL CONTRATISTA la haya empleado mediante carta notarial y ésta no haya subsanado su incumplimiento."

Por tanto, los plazos por la Ley y el Reglamento que se encuentren referidos a la resolución del contrato, no podrán ser aplicados directamente a las situaciones de incumplimiento, en tanto se tratan de figuras relacionadas pero distintas entre sí.

18. De acuerdo con los argumentos expresados, no puede luego ampararse la procedencia de la excepción de caducidad solicitada por Luis Aragón, en la medida que su base legal hace referencia a una figura distinta a la resolución.

Por estas razones, el Árbitro Único considera que corresponde declarar INFUNDADA la excepción de caducidad deducida por Luis Aragón contra la primera pretensión principal de la reconvención, y las pretensiones alternativas condicionadas a ella.

PRIMER PUNTO CONTROVERTIDO

Determinar si corresponde o no que se declare consentida la resolución del Contrato de Servicio N° 01-2010, para la Ejecución de Aforos y Mejoramiento de Estaciones Linnimétricas en el Río Aobamba, formulada por el Ing. Luis Aragón Graneros mediante Carta Notarial N° 003-2014-LAG/AL de fecha 11 de setiembre de 2014.

Posición del Árbitro Único

19. El demandante señala que corresponde declarar consentida la resolución practicada mediante Carta Notarial N° 003-2014-LAG/Al de fecha 11 de setiembre de 2014 debido a que EGEMSA no la cuestionó dentro de los plazos de caducidad previstos en el previamente citado artículo 170 del Reglamento. Considera, además, que una vez transcurrido el plazo de caducidad previsto en la normativa de contratación pública para iniciar la conciliación o el arbitraje, la carta notarial mediante la cual se resolvió el contrato adquiere firmeza.

En consecuencia, sostiene que no es posible acudir a cualquiera de los mecanismos previstos en la norma para cuestionar el acto de resolución del contrato, por haber quedado consentida.

EGEMSA, por otro lado, señala que el señor Aragón cumplió de manera tardía y defectuosa el Contrato, tal como se advirtió mediante el Informe Especial emitido por su Órgano de Control Institucional. Debido a ello, EGEMSA afirma que la resolución del contrato efectuada por Luis Aragón carece de fundamento y es ineficaz.

20. De la revisión de los medios probatorios presentados en la demanda, el Árbitro Único aprecia que con fecha 11 de setiembre de 2014, Luis Aragón notificó a EGEMSA su decisión de resolver en forma total el Contrato de Servicio N° 01-2010 debido a que ésta no había cumplido con satisfacer dentro del plazo de 03 días calendario, el requerimiento previo notificado mediante Carta Notarial N° 002-

2014-LAG/AL que exigía el pago correspondiente al cuarto informe del servicio prestado.

La declaración de la resolución por una de las partes del contrato, tiene como efecto que toda controversia relacionada con ella debe ser cuestionada mediante conciliación o arbitraje en el plazo máximo de 15 días hábiles contados desde su notificación. En caso no se cuestione la resolución, ésta se reputa consentida. Lo anterior ha sido plasmado en el artículo 170 del Reglamento, cuyo texto se cita a continuación:

*"Artículo 170.- Efectos de la resolución
(...)*

*Cualquier controversia relacionada con la resolución del contrato podrá ser sometida por la parte interesada a conciliación y/o arbitraje dentro de los quince (15) días hábiles siguientes de comunicada la resolución. **Vencido este plazo sin que se haya iniciado ninguno de estos procedimientos, se entenderá que la resolución del contrato ha quedado consentida.**"*

Del análisis de los medios probatorios ofrecidos por las partes, el Árbitro Único constata que EGEMSA no emitió respuesta contra la decisión de resolución contractual formulada por Luis Aragón, ni tampoco se verifica que hubiera sometido la resolución a conciliación o arbitraje. Por tanto, en atención a lo dispuesto en el glosado artículo 170, corresponde declarar que la resolución del contrato quedó consentida a los quince días hábiles de la notificación de la Carta 003-2014-LAG/AL, es decir, el 03 de octubre de 2014.



SEGUNDO PUNTO CONTROVERTIDO

De determinarse de forma negativa el punto anterior, determinar si corresponde o no que se ratifique la resolución del Contrato de Servicios N° 01-2010-2010, para la Ejecución de Aforos y Mejoramiento de Estaciones Linnimétricas en el Río Aobamba, formulada por el ing. Luis Aragón Graneros mediante Carta Notarial N° 003-2014-LAG/AL de fecha 11 de setiembre de 2014.

Posición del Árbitro Único

21. Teniendo en cuenta que el primer punto controvertido se determinó en forma positiva, el Árbitro Único considera que carece de objeto emitir pronunciamiento acerca de este punto.

TERCER PUNTO CONTROVERTIDO

Determinar si corresponde o no que se ordene a EGEMSA pagar al señor Luis Aragón Graneros indemnización de daños y perjuicios, como consecuencia de la resolución del Contrato de Servicios N° 01-2010-2010, por los siguientes conceptos:

Daño Emergente:

- *El pago de los servicios ejecutados correspondientes al cuarto informe del Contrato el cual asciende a la suma de S/. 26,000.00 (Veintiséis Mil con 00/100 Nuevos Soles).*
- *Intereses legales correspondientes al cuarto pago, los cuales deben ser computados desde el 23 de julio de 2014 hasta la fecha efectiva en que se pague el capital.*
- *El pago de los servicios ejecutados, correspondientes al quinto informe del Contrato, el cual asciende a la suma de S/. 26,000.00 (Veintiséis Mil con 00/100 Nuevos Soles).*
- *Intereses legales correspondientes al quinto pago, los cuales deben ser computados desde el 02 de setiembre de 2014 hasta la fecha efectiva en que se pague el capital.*
- *Gastos financieros por las sucesivas renovaciones de la carta fianza N° 005324 de fiel cumplimiento.*

Posición del Árbitro Único

22. Teniendo en consideración que en el análisis del primer punto controvertido se ha determinado que la declaración de resolución contractual formulada por Luis Aragón ha quedado consentida, corresponde analizar el alcance de sus efectos respecto de EGEMSA.

El pago de los servicios ejecutados correspondientes al Cuarto Informe del Contrato el cual asciende a la suma de S/. 26,000.00 (Veintiséis Mil con 00/100 Nuevos Soles)

23. El Árbitro Único evidencia que de acuerdo con lo establecido en el apartado 4.5 de las Bases Integradas, el Cuarto Informe debía contener:

*"4.5. **Cuarto Informe y Reunión:** Informe consolidado de todos los informes después del doceavo informe mensual en el cual debe estar incluido el estudio hidrológico de toda la cuenca del río Aobamba, el balance hídrico de toda la cuenca, la proyección de los caudales futuros, el mismo que se presentara en un mes calendario (30 días calendario) de aprobado el último informe mensual (informe mensual 12)."*

Las disposiciones referidas al pago de los servicios contenidos en el Cuarto Informe fueron estipuladas en la cláusula séptima del Contrato de Servicios N° 01-2010, que se reproduce a continuación:

"CLÁUSULA SÉPTIMA: DEL PRECIO Y FORMA DE PAGO
(...)"

7.3. Forma de pago: el pago será de la siguiente manera:

(...)

7.3.4. **Cuarto Pago:** Previa aprobación del Cuarto Informe, la cantidad de **S/. 26,000.00 (veintiséis mil con 00/100 Nuevos Soles).**"

Conforme se aprecia de la citada cláusula, el pago del Cuarto Informe se encontraba sujeto a la aprobación por parte de EGEMSA. En ese sentido, de la revisión de los medios probatorios presentados con la demanda, el Árbitro Único verifica que mediante Carta N° EAA-014-2014/LC/SB de fecha 22 de julio de 2014, EGEMSA otorgó la conformidad al "Cuarto Informe Revisión 2", en los siguientes términos:

*"Es grato dirigirnos a usted, para manifestarla que de acuerdo a la referencia (b) y (d) **es conforme el Cuarto Informe Revisión 2** correspondiente al Consolidado de informes de aforo, estudio hidrológico, balance hídrico y proyección de caudales futuros."*

Cabe destacar que mediante la declaración de conformidad la entidad verifica la calidad, cantidad y cumplimiento de las condiciones contractuales, en cuyo defecto podrá plantear las correspondientes observaciones. Lo dicho se sustenta en las disposiciones previstas en el artículo 176 del Reglamento, cuyo texto se reproduce a continuación:

"Artículo 176.- Recepción y conformidad

La recepción y conformidad es responsabilidad del órgano de la 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 éstas, 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 cumpliera a cabalidad con la subsanación, la Entidad podrá resolver el contrato, sin perjuicio de aplicar las penalidades que correspondan."

En ese mismo orden de ideas, **el derecho al pago del contratista se genera una vez que la entidad otorga la conformidad a la prestación**, según se ha previsto en el artículo 177 del Reglamento en los siguientes términos:

"Artículo 177.- Efectos de la conformidad

Luego de haberse dado la conformidad a la prestación se genera el derecho al pago del contratista. Efectuado el pago culmina el contrato y se cierra el expediente de contratación respectivo. (...)"

El Árbitro Único verifica que EGEMSA no ha presentado observaciones al Cuarto Informe, por lo que en atención a las razones expuestas, considera que corresponde que se ordene a EGEMSA efectuar el pago de los servicios ejecutados correspondientes al Cuarto Informe del Contrato, el cual asciende a la suma de S/. 26,000.00 (Veintiséis mil con 00/100 Nuevos Soles).

Intereses legales correspondientes al cuarto pago, los cuales deben ser computados desde el 23 de julio de 2014 hasta la fecha efectiva en que se pague el capital

24. De acuerdo al análisis efectuado en el apartado previo, ha quedado acreditado que EGEMSA se encuentra obligada a efectuar el pago correspondiente al Cuarto Informe presentado por Luis Aragón, el mismo que asciende a la suma de S/. 26,000.00 (Veintiséis mil con 00/100 Nuevos Soles). En consecuencia, resulta necesario analizar si corresponde o no la aplicación de intereses legales dicho monto.

De la revisión de la normativa sobre contratación estatal, el Árbitro Único aprecia que es posible reconocer intereses legales al contratista ante supuestos de atraso en el pago por parte de la entidad. Dicha posibilidad se encuentra prevista en las disposiciones del artículo 48 de la Ley, cuyo texto se reproduce a continuación:

"Artículo 48.- Intereses y penalidades

*En caso de atraso en el pago por parte de la Entidad, salvo que se deba a caso fortuito o fuerza mayor, ésta reconocerá al contratista los intereses legales correspondientes. Igual derecho corresponde a la Entidad en caso sea la acreedora.
(...)"*

Cabe señalar, que según lo establecido en el artículo 1244 del Código Civil, los intereses legales son determinados por el Banco Central de Reserva del Perú, y además, son aplicables desde el momento del vencimiento del plazo para efectuar el pago.

De la revisión de las Bases Integradas el Árbitro Único aprecia que el plazo que tenía EGEMSA para efectuar el pago de la prestación correspondiente al Cuarto Informe era contra entrega del servicio, previo otorgamiento de conformidad, lo cual ocurrió el 23 de julio de 2014 mediante la notificación de la carta EAA-014-2014/LC/SB.

En razón de las razones expuestas, el Árbitro Único considera que corresponde aplicar los intereses legales desde el 23 de julio de 2014 hasta la fecha en que se haga efectivo el pago del capital ascendente a la suma de S/. 26,000.00 (Veintiséis mil con 00/100 Nuevos Soles).

El pago de los servicios ejecutados, correspondientes al Quinto Informe del Contrato, el cual asciende a la suma de S/. 26.000.00 (veintiséis mil con 00/100 Nuevos Soles)

25. Para determinar si corresponde o no ordenar a EGEMSA que efectúe el pago correspondiente a la presentación del Quinto Informe, resulta necesario elaborar un análisis en los mismos términos en que se determinó el pago correspondiente al Cuarto Informe, máxime si se tiene presente que son prestaciones de naturaleza similar.

El Árbitro Único verifica que el Quinto Informe a cargo de Luis Aragón, debía ser presentado a los treinta días calendario después de aprobado el cuarto informe por EGEMSA, tal como se aprecia en el apartado 4.6 de las Bases Integradas del Contrato bajo el siguiente detalle:

*"4.6. **Quinto Informe y Reunión:** Informe final, informe que recoge todas las informaciones con sus respectivas absoluciones de observaciones y fórmula final ajustada con los registros mensuales, el mismo que se presentará a un mes calendario (30 días calendario) después de aprobado el cuarto informe por EGEMSA."*

En el mismo orden de ideas, en la cláusula 8.1.2.6 del Contrato de Servicios N° 01-2010 se ha estipulado lo siguiente:

*"8.1.2.6. **Quinto informe:** Informe final, el cual revoge toda la información así como sus absoluciones de observaciones y fórmula ajustada con los registros mensuales, el cual se presentará a los treinta (30) días calendario de aprobado el último informe mensual; asimismo EGEMSA y EL CONTRATISTA, sostendrán una reunión de trabajo."*

Acerca del pago correspondiente al quinto informe, en la cláusula séptima del referido contrato se ha previsto de la siguiente manera:

"CLÁUSULA SÉPTIMA: DEL PRECIO Y FORMA DE PAGO

(...)

7.3. Forma de pago: el pago será de la siguiente manera:

(...)

7.3.5. Quinto Pago: *Previa aprobación del Quinto Informe – Informe Final, la cantidad de S/. 26,000.00 (veintiséis mil con 00/100 Nuevos Soles)."*

Conforme se aprecia de las cláusulas glosadas, el pago del Quinto Informe se encontraba condicionado a la aprobación o conformidad de EGEMSA. Al respecto, de la revisión de los medios probatorios ofrecidos por las partes, el Árbitro Único constata que EGEMSA no emitió conformidad a las prestaciones plasmadas en el quinto informe presentado por Luis Aragón con fecha 21 de agosto de 2014.

Sobre este extremo, en su escrito de demanda, Luis Aragón afirma que mediante Carta N° 106-2014-LAG notificada a EGEMSA con fecha 02 de setiembre de 2014, se aprobó la conformidad del Quinto Informe por haber operado el silencio positivo en su favor, al haber transcurrido más de 10 días calendario sin que EGEMSA formulara observaciones o emitiera la conformidad al servicio prestado.

Con la finalidad de otorgar soporte legal a sus argumentos, Luis Aragón remite a las disposiciones previstas en el artículo 181 del Reglamento, cuyo texto se cita a continuación:

"Artículo 181.- Plazos para los pagos

*La Entidad deberá pagar las contraprestaciones pactadas a favor del contratista en la oportunidad establecida en las bases o en el contrato. Para tal efecto, **el responsable de dar la conformidad de recepción de los bienes o servicios, deberá hacerlo en un plazo que no excederá de los diez (10) días calendario de ser éstos recibidos.***

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, contando desde la oportunidad en que el pago debió efectuarse."

De la norma glosada, así como de la revisión de la normativa de contratación estatal aplicable al contrato, el Árbitro Único constata que no existe una disposición legal, reglamentaria ni contractual que permita obtener la conformidad de los servicios prestados por el contratista, mediante la aplicación del silencio administrativo positivo.

En tal extremo, conviene tener presente que el Árbitro Único está obligado a resolver las controversias planteadas, siguiendo únicamente el orden de prelación normativa establecido en el artículo 52 de la Ley, cuyo texto señala:

*"Artículo 52.- Solución de controversias
(...)"*

*El arbitraje será de derecho, a ser resuelto por árbitro único o tribunal arbitral mediante la aplicación del presente Decreto legislativo y su Reglamento, así como de las normas de derecho público y las de derecho privado; **manteniendo obligatoriamente este orden de preferencia en la aplicación del derecho.***

En razón de la norma glosada, el Árbitro Único considera que la Carta N° 106-2014-LAG carece de valor a efectos de demostrar la conformidad del quinto informe presentado por Luis Aragón por no encontrar sustento legal. En consecuencia, entiende que al no existir conformidad otorgada por EGEMSA, no se ha generado el derecho al pago a favor de Luis Aragón, según las disposiciones del previamente citado artículo 177 del Reglamento.

En esa misma línea, el OSCE mediante Opinión N°090-2014/DTN se ha pronunciado acerca de la falta de conformidad en los contratos de servicios, en los siguientes términos:

*"(...) De esta manera, en los contratos de bienes y servicios, a diferencia de las contrataciones de ejecución de obras, **la normativa de contrataciones del Estado, no ha previsto una aprobación automática**, en caso la Entidad no cumpla con pronunciarse dentro del plazo previsto para ello.*

En dicho sentido, la conformidad de los bienes o servicios no puede entenderse aprobada por defecto, debiendo existir un pronunciamiento por parte de la Entidad, el mismo que de conformidad al artículo 181 del Reglamento, debe cumplirse con efectuarse dentro del plazo de diez (10) días calendario, a partir de la recepción de estos.

*Por su parte, debe agregarse, que **si el órgano de administración o aquel establecido en las Bases no otorgara la conformidad de la prestación al contratista o lo hiciera fuera del plazo máximo previsto, la consecuencia sería el incumplimiento de la normativa de contrataciones del Estado**, correspondiendo al Titular de la Entidad ordenar la determinación de responsabilidades, de conformidad con el primer párrafo del artículo 46 de la Ley. (...)"*

De acuerdo con los argumentos señalados, el Árbitro Único aprecia que la exigencia de la conformidad del servicio es necesaria cuando el contrato culmina mediante el procedimiento regular. En tal sentido, al haber concluido el contrato mediante resolución formulada por una de las partes, y en tanto se ha acreditado que la misma ha quedado consentida, el Árbitro Único considera que no corresponde exigir la conformidad del Quinto Informe en tanto el contrato se encuentra concluido.

Por tanto, en atención a las razones expuestas, el Árbitro Único considera que corresponde que se ordene a EGEMSA el pago de los servicios ejecutados en el Quinto Informe presentado por Luis Aragón, ascendente a la suma de S/. 26,000.00 (Veintiséis mil con 00/100 Nuevos Soles).

Intereses legales correspondientes al Quinto Pago, los cuales deben ser computados desde el 02 de septiembre de 2014 hasta la fecha en que se pague el capital.

26. Teniendo en cuenta que en el análisis del apartado precedente, se concluyó ordenar a EGEMSA efectuar el pago por los servicios ejecutados en el quinto informe presentado por Luis Aragón, el Árbitro Único considera que en tanto el contrato se encuentra concluido, el pago que se efectúe será extemporáneo.

Al respecto, el cumplimiento extemporáneo genera el derecho del contratista de que se le reconozcan los intereses legales computados según lo prescribe el previamente citado artículo 48 de la Ley. Este criterio fue adoptado por el OSCE mediante la Opinión N° 090-2014/DTN, en los siguientes términos:

"(...) En esa medida, el no otorgar la conformidad de la prestación al contratista o hacerlo fuera del plazo máximo previsto en el artículo 176 del Reglamento, además de generar consecuencias legales, también podría generar retrasos en el pago al contratista, y, en consecuencia, controversias sobre la procedencia de reconocer intereses legales. (...)"

De la revisión de los medios probatorios, el Árbitro Único acredita que Luis Aragón presentó el Quinto Informe mediante Carta N° 103-2014-LAG de fecha 21 de agosto de 2014, por lo que el plazo máximo de EGEMSA para emitir la conformidad o las correspondientes observaciones venció el 02 de setiembre de 2014.

Siendo así, en atención a las razones expuestas, el Árbitro Único considera que corresponde ordenar a EGEMSA el pago de intereses legales a favor de Luis Aragón, correspondientes al quinto pago, los mismos que deben computarse desde el 03 de setiembre de 2014 hasta la fecha efectiva en que se haga efectivo el pago de capital.

Gastos financieros por las sucesivas renovaciones de la carta fianza N° 005324 de fiel cumplimiento

27. De acuerdo con lo previsto en la normativa de contratación estatal, en el caso de contratos de servicios la vigencia de la garantía de fiel cumplimiento, debe alcanzar hasta la conformidad de la recepción de la prestación a su cargo. Es en ese sentido que se ha previsto el artículo 158 del Reglamento, que se reproduce a continuación:

"Artículo 158.- Garantía de fiel cumplimiento

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

En la medida que del análisis efectuado en los apartados previos se ha acreditado que la resolución del contrato ha quedado consentida, el Árbitro Único considera que corresponde ordenar a EGEMSA efectuar el pago de los gastos financieros a Luis Aragón por las renovaciones de la carta fianza N° 005324, contados desde que se venció el plazo máximo para emitir la conformidad, es decir, desde el 02 de setiembre de 2014.

CUARTO PUNTO CONTROVERTIDO

Determinar si corresponde o no que se ordene a EGEMSA la devolución de la garantía de Fiel Cumplimiento, constituida por la Carta Fianza N° 005324, ascendente a la suma de S/. 26,000.00 (Veintiséis Mil con 00/100 Nuevos Soles), como consecuencia de la conclusión del Contrato de Servicio N° 01-2010, para la Ejecución de Aforos y Mejoramiento de Estaciones Linnimétricas en el Río Aobamba.

Posición del Árbitro Único

28. De acuerdo con el previamente citado artículo 158 del Reglamento, en el caso de contratos de servicios, la garantía de fiel cumplimiento tiene vigencia hasta la conformidad de la recepción de la prestación a cargo del contratista.

Sin embargo, en el presente caso, al haberse acreditado que la resolución del contrato formulada por Luis Aragón con fecha 11 de setiembre de 2014 quedó consentida, el Árbitro único considera que no corresponde que EGEMSA conserve la Carta Fianza N° 005324, y en consecuencia, ordena a EGEMSA devolver la misma a Luis Aragón.

QUINTO PUNTO CONTROVERTIDO

Determinar si corresponde o no que se declare el incumplimiento del Contrato de Servicios por parte de Luis Aragón, al no haber ejecutado y/o haber realizado una incorrecta medición de aforos y/o haber omitido la construcción de gaviones y solado en el lugar destinado para la construcción de la estación fija de aforos.

Posición del Árbitro Único

29. De acuerdo al análisis realizado al resolver acerca de la excepción de caducidad formulada por Luis Aragón, el Árbitro Único dejó constancia de que la pretensión de EGEMSA tiene naturaleza declarativa. En tal sentido, corresponde analizar si tiene mérito efectuar dicha declaración al amparo de los medios probatorios presentados por las partes y de acuerdo a la normativa de contratación estatal aplicable al presente arbitraje.

En primer lugar, de la revisión de los medios probatorios aportados en el escrito N° 01 presentado por EGEMSA, el Árbitro Único aprecia que la pretensión formulada se encuentra sustentada en el Informe Especial elaborado por el Órgano de Control Institucional de EGEMSA.

Al respecto, es preciso señalar que este tipo de informes constituyen el resultado de las acciones de control que se establecen en el Plan Anual de Control de los Órganos de Control Institucional de las entidades, cuya finalidad está orientada a la mejora de la gestión, la transparencia, la rendición de cuentas y el buen gobierno de las entidades, mediante las recomendaciones que para tal fin emita¹⁵.

En específico, el Informe Especial N° 01-2014-5-4568, elaborado por el órgano de Control Institucional de EGEMSA, contiene las siguientes conclusiones:

"PAGO A CONTRATISTA POR SERVICIOS NO EJECUTADOS, GENERÓ PERJUICIO ECONÓMICO DE S/. 122 616.25

Durante la ejecución contractual del servicio de Aforos y Mejoramiento de Estaciones Linnimétricas en el río Aobamba, el Gerente de Planificación y Desarrollo Empresarial Ingeniero Luis Covarrubias Chocano, Ingeniero Javier Tapia Tadeo, Jefe de la División de Estudios, y el Ingeniero Salustio Becerra Ninan, Especialista de Estudios, responsables de la administración del contrato N° 01-2010, suscrito al 6 de enero de 2010, no cautelaron el cumplimiento de las condiciones contractuales, otorgando la conformidad de servicios por trabajos no ejecutados, como son: i) Omisión de lectura de aforos directos en los siguientes ríos afluentes: 1) Río Orcospampa, 2) Río Rayancancha, 3) Río punto 3 (Ver gráfico N° 01), 4) Río Manamayo o Mesada y 5) Río Yanacocha. ii) Incorrecta medición de aforos durante los meses de enero, febrero, marzo, abril, mayo y junio del 2011, mediante el uso de la curva caudal altura generada en función a los aforos directos realizados a los meses de octubre, noviembre y diciembre del 2010. iii) Omisión en la

¹⁵ YABAR SANTILLÁN, José Luis. Régimen de Control Gubernamental Explicado. Lima: Gaceta Jurídica, 2017, p. 319

construcción de la estructura de gaviones y solado en el lugar destinado para la construcción de la estación fija de aforos, situación que generó que la sección del río Aobamba sea irregular y no se mantenga estable en el tiempo, lo que determina que las lecturas y mediciones en el lugar de la estación fija construida no sean confiables. Además se incumplió el objeto del contrato y objetivo de los términos de referencia establecidos en la solicitud del servicio por el incumplimiento de las prestaciones del contratista y las condiciones contractuales establecidas por la empresa."

Asimismo, acerca de la responsabilidad por el incumplimiento del contrato, el referido informe agrega:

"Estos hechos evidencian que los funcionarios y servidores responsables de administrar y supervisar la ejecución del contrato, no cautelaron el cumplimiento de las condiciones establecidas en el contrato autorizando la conformidad de servicios, lo que motivó el pago al contratista por S/. 122 616.25 por un servicio no ejecutado, ocasionando un perjuicio económico a la Entidad."

Acerca del incumplimiento de lecturas de aforos en los afluentes del río Aobamba, el referido informe señala que de los 6 puntos de aforo, definidos por Luis Aragón para el cálculo de aforos en los ríos afluentes del río Aobamba, sólo se tomaron mediciones en 3 puntos. Para ello, presenta como sustento los siguientes documentos:

"Carta EEE-031-2012/EE de 22 de octubre de 2012 emitido por el especialista del área de estudios de EGEMSA, ingeniero Dax Harlic Warthon Riveros, en el cual se señala que: (...) El contratista ha efectuado el aforamiento de solo 3 de los 6 afluentes definidos con EGEMSA (...).

Carta EE-079-2012/LAG de 7 de noviembre de 2012, emitido por el Jefe de la División de Estudios de EGEMSA, ingeniero Yurín Palomino Cusipaucar, en el cual señala que: (...) al no haberse aforado mensualmente durante los 12 meses, en 3 de los 7 puntos definidos con EGEMSA, se procederá a efectuar el deductivo de manera proporcional al monto contractual (...).

Carta EE-001-2013, emitido por el especialista del área de estudios de EGEMSA, ingeniero Dax Harlic Warthon Riveros, en el cual señala que: (...) no se ha presentado dentro del consolidado, los informes de aforo de 03 de los 06 afluentes definidos con EGEMSA (...).

Respuesta al ítem 6 de la Carta E-009-2013 de 13 de febrero de 2013, remitida por el gerente de Planificación y Desarrollo Empresarial de EGEMSA, ingeniero Anddy Rodríguez Luna, dirigido al ingeniero Luis Aragón graneros

contratista del servicio, comunicándole que cumpla con los términos establecidos en el contrato, en el cual menciona que: (...) sólo se ha lecturado los puntos 2, 4 y 5, estando pendientes los puntos 1, 3, 6 (...)"

De igual manera, para acreditar la existencia de los incumplimientos, así como de los consecuentes daños que habrían sido provocados por Luis Aragón, EGEMSA presentó un informe pericial, elaborado por el Ingeniero Jorge Reyes Salazar, el cual identifica los siguientes aspectos:

*"1. Sólo cuatro de los siete afluentes fueron programados para aforo, quedando tres (Río Orcospampa, rayancancha y sin nombre- punto 3) fuera del programa. Finalmente, **sólo el río Aobamba y dos de sus afluentes, Cedrobamba y Kente, fueron parcialmente aforados.***

*2. En los puntos aforados, antes señalados, **no se han realizado los dos aforos mensuales y durante doce meses consecutivos**, lo que impide elaborar una adecuada curva nivel versus caudal. Solamente se efectuaron aforos en dos periodos no consecutivos de 3 meses cada uno; octubre-diciembre 2010 y julio-septiembre 2011.*

3. En la estación hidrométrica no se han ejecutado los trabajos de construcción de muros con gaviones, lo que genera que la sección del río sea irregular y no se mantenga estable en el tiempo, según lo confirman los cálculos de transporte de sedimentos efectuados. Esto ocasiona que las lecturas y mediciones no sean confiables."

En el mismo orden de ideas, la pericia presentada por EGEMSA arribó a las siguientes conclusiones:

"Se concluye que el consultor no ha cumplido con lo solicitado en los requerimientos técnicos mínimos del Capítulo IV de las Bases integradas del Contrato de Servicios N° 01-2010, y se concuerda totalmente con el Informe Especial N° 001-2014-2-4568, Examen Especial a EGEMSA, Pago a Contratista por Servicios no ejecutados, generó perjuicio económico de S/. 122 616.25"

Por otra parte, de la revisión de la pericia de parte aportada por Luis Aragón, el Árbitro Único observa que el informe elaborado por los señores Jesús Mejía Marcacuzco y Wilber Fermín Laqui Vilca, contiene las siguientes conclusiones respecto del imputado incumplimiento sobre omisión de lectura de los aforos:

"-En los términos de referencia no se especifica el número de afluentes a aforar, y mucho menos se presenta y menciona la Tabla 01 a la que hace referencia el informe de pericia de EGEMSA. En consecuencia, la definición

del número de puntos a aforar, fue resultado de un proceso de análisis en gabinete y campo entre el contratista y los profesionales de EGEMSA.

-Las conclusiones de la visita de campo en la que se descartaron los puntos inicialmente propuestos y aprobados fueron emitidas por un organismo técnico especializado como el SENAMHI, quien es el ente rector de las actividades meteorológicas, hidrológicas, agrometeorológicas y ambientales en el Perú, las que fueron emitidas y dadas a conocer a EGEMSA en la primera rutina de aforos.

-Los trabajos de aforo de caudales fueron efectuados en presencia de un profesional de EGEMSA, el Ing. Sixto Quispe, quien verificó y validó los trabajos efectuados.

-En el peritaje de EGEMSA se percibe un evidente desconocimiento de las características geomorfológicas e hidrológicas de la cuenca, no se evidencia la realización de visitas de campo del Perito mediante fotografías en los puntos de aforo que sustenten sus afirmaciones, por lo que, las conclusiones del peritaje no se sujetan a la realidad y constituyen un análisis de gabinete"

En el mismo sentido, en lo concerniente a los incumplimientos relacionados con la incorrecta medición de aforos, el informe pericial presentado por Luis Aragón concluye lo siguiente:

"(...)

- Todos los aforos programados y coordinados con EGEMSA fueron efectuados oportunamente.

- En la zona de estudio debido al incremento del caudal de los ríos se dificultó la ejecución de aforos por vadeo, poniendo en riesgo la seguridad del personal al realizar las mediciones directas en época de lluvias, por lo que, se utilizó el método indirecto de acuerdo a las recomendaciones de la OMM y EGEMSA, lográndose construir la curva de calibración nivel – caudal, la cual fue presentada a EGEMSA mediante carta 099-2014-LAG del 03 de junio del 2014 y aprobada por ésta mediante Acta de Levantamiento de Observaciones de fecha 20 de junio del 2014 y Carta EAA-014-2014/LC/SB de fecha 22 de julio del 2014.

- El hecho de no haberse efectuado aforos en el periodo de lluvias (enero-mayo) no impidió construir adecuadas curvas de calibración nivel-caudal, ya que éstas presentaron valores del coeficiente de determinación (r^2) superiores a 0.90, lo que muestra una alta dependencia positiva entre los niveles observados y los caudales aforados, así como la factibilidad de determinar caudales a partir de las mediciones de niveles de agua efectuados

en los puntos de aforo, justificándose de tal manera el método indirecto empleado. (...)”

Acerca de la construcción de gaviones y solado, el informe pericial de Luis Aragón señala:

“(...)”

- *La exigencia de una estructura de gaviones y solado resulta innecesaria debido que en el estudio Geológico-geotécnico se manifiesta que geomorfológicamente la estación está ubicada en una garganta (pequeño cañón) cuyos flancos y lecho son afloramientos de rocas del grupo San José, por lo que de acuerdo a las recomendaciones del SENAMHI no se requiere la construcción de muros longitudinales y/o solados (control artificial). Asimismo, la estación sí tendrá una vida útil adecuada o su ubicación será permanente de acuerdo a los TdR. Esta afirmación se pudo confirmar si es que el perito de EGEMSA hubiera visitado la zona de estudio. (...)”*

En general, el informe pericial de Luis Aragón sostiene:

“(...) El contratista ha prestado servicios en forma coordinada con la Entidad tal como lo demuestran los siguientes documentos:

- *Carta N° 022-LAG-07/2010, de fecha 27 de julio del 2010 por el cual se remite a EGEMSA 03 alternativas de ubicación de la estación de aforos en el cual participaron en campo los ingenieros Javier Tapia, Salustio Becerra y Sixto Quispe.*
- *Carta N° EAA-066-2010-EGEMSA/jt de fecha 09 de agosto del 2010 donde se demuestra la conformidad de EGEMSA por la elección de la alternativa N° 01. La cual fue la que se construyó.*
- *Carta N° EAA-010-2010-EGEMSA/JT de fecha 05 de octubre del 2010, en la que se aprueba el Tercer Informe Avance 1 – Expediente Técnico, con lo que EGEMSA demuestra su conformidad con el expediente técnico (Diseño de la estación hidrométrica) el cual guiaría la ejecución de la estación de aforo. (...)”*

De la revisión de los medios probatorios de los escritos de demanda y reconvencción, así como de los informes periciales aportados por las partes, el Árbitro Único verifica que se han ejecutado de manera defectuosa algunas de las obligaciones que Luis Aragón tenía a su cargo.

Sin embargo, es preciso destacar que la ejecución de las obligaciones de Luis Aragón, se encontraron bajo la constante supervisión del personal de EGEMSA, tal como ha quedado acreditado mediante las previamente citadas Cartas N° 022-LAG-07/2010 de fecha 27 de julio del 2010, Carta EEE-031-2012/EE de 22 de octubre de 2012, Carta EE-079-2012/LAG de 7 de noviembre de 2012, Carta EE-001-2013, entre otras.

No obstante, a pesar de haber advertido en forma oportuna los incumplimientos alegados, EGEMSA no procedió de acuerdo a lo establecido en los apartados 3.5, 3.6 y 3.7 del Capítulo III de las Bases Integradas, en virtud de los cuales le asistía el derecho para aplicar penalidades o, de ser el caso, declarar la resolución del contrato por incumplimiento del contratista.

En el mismo sentido, es posible acreditar que dichos derechos también fueron reconocidos a EGEMSA en la cláusula décimosegunda del contrato, la misma que se cita a continuación:

"CLÁUSULA DÉCIMOSEGUNDA: DE LAS PENALIDADES

12.1. Si EL CONTRATISTA incurre en retraso injustificado en la ejecución de las prestaciones objeto del contrato, EGEMSA le aplicará en todos los casos, una penalidad por cada día calendario de atraso, hasta por un monto máximo equivalente al diez por ciento (10%) del monto mensual, en vista de que el contrato es por doce meses, en concordancia con el artículo 165 del Reglamento. La penalidad se aplicará automáticamente y se calculará de acuerdo con la siguiente fórmula:

Penalidad diaria = $(0,10 \times S / 260,000.00) / (0,25 \times 515 \text{ días})$

Asimismo, el Árbitro Único aprecia que con la finalidad de proteger a la entidad ante supuestos de incumplimiento por parte del contratista, el artículo 40 de la Ley ha prescrito como obligatoria la introducción de cláusulas referidas a la resolución de contrato por incumplimiento, bajo el siguiente detalle:

"Artículo 40.- Cláusulas obligatorias en los contratos

Los contratos regulados por la presente norma incluirán necesariamente y bajo responsabilidad cláusulas referidas a:

(...) c) Resolución de contrato por incumplimiento: En caso de incumplimiento por parte del contratista de alguna de sus obligaciones, que haya sido previamente observada por la Entidad, y no haya sido materia de subsanación, esta última podrá resolver el contrato en forma total o parcial, mediante la remisión por la vía notarial del documento en el que se manifieste esta decisión y el motivo que la justifica. Dicho documento será aprobado por autoridad del mismo o superior nivel jerárquico de aquella que

haya suscrito el contrato. El contrato queda resuelto de pleno derecho a partir de la recepción de dicha comunicación por el contratista. El requerimiento previo por parte de la Entidad podrá omitirse en los casos que señale el Reglamento. Igual derecho asiste al contratista ante el incumplimiento por la Entidad de sus obligaciones esenciales, siempre que el contratista la haya emplazado mediante carta notarial y ésta no haya subsanado su incumplimiento."

Las disposiciones establecidas en la glosada norma también fueron plasmadas en la cláusula décimo tercera del Contrato, cuyo numeral 13.4 ha previsto lo siguiente:

"CLÁUSULA DÉCIMOTERCERA: RESOLUCIÓN DEL CONTRATO

(...)

13.4. El procedimiento de resolución que EGEMSA o EL CONTRATISTA, según corresponda deben aplicar está normado en el artículo 169 del Reglamento.

(...)"

De la revisión de los medios probatorios y de los informes periciales aportados por las partes, el Árbitro Único constata que EGEMSA no procedió de conformidad con las disposiciones previstas en el artículo 168 del Reglamento, que habilita a la entidad a resolver el contrato en los siguientes casos:

"1. Incumpla injustificadamente obligaciones contractuales, legales o reglamentarias a su cargo, pese a haber sido requerido para ello.

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. Paralice o reduzca injustificadamente la ejecución de la prestación, pese a haber sido requerido para corregir tal situación. (...)"

Que, de igual manera, EGEMSA no requirió por la vía notarial a Luis Aragón para que cumpla con subsanar los incumplimientos imputados, conforme lo dispone el procedimiento establecido en el artículo 169 del Reglamento, bajo el siguiente detalle:

"Artículo 169.- Procedimiento de resolución de contrato

Si alguna de las partes falta al cumplimiento de sus obligaciones, la parte perjudicada deberá requerirla mediante carta notarial para que las satisfaga en un plazo no mayor a cinco (5) días, bajo apercibimiento de resolver el contrato.

(...)"

De la revisión del contrato, además, se precisa que el plazo para exigir el cumplimiento a la parte en situación de incumplimiento al que hace referencia la glosada norma, es de 03 días hábiles, al vencimiento de los cuales la parte perjudicada procederá con la resolución contractual, según se ha dispuesto en el numeral 13.1 de la cláusula décimo tercera del contrato, cuyo texto se cita a continuación:

"CLÁUSULA DÉCIMOTERCERA: RESOLUCIÓN DEL CONTRATO

13.1. Si alguna de las partes falta al cumplimiento de sus obligaciones, la parte perjudicada deberá requerirla mediante carta notarial, para que las satisfaga en un plazo no mayor a tres (03) días, bajo apercibimiento de resolver el contrato. Si vencido dicho plazo el incumplimiento continúa, la parte perjudicada resolverá el contrato en forma total o parcial, mediante carta notarial. (...)"

En razón de los argumentos y normas señaladas, el Árbitro Único considera que no corresponde declarar el incumplimiento del Contrato de Servicios por parte de Luis Aragón, en la medida que ha quedado demostrado que los mismos no fueron exigidos por EGEMSA de acuerdo a los procedimientos establecidos en las Bases Integradas, el Contrato y la normativa aplicable, con lo cual los mismos han quedado convalidados, máxime cuando la propia EGEMSA les otorgó su conformidad.

SEXTO PUNTO CONTROVERTIDO

De determinarse el amparo del punto anterior determinar si corresponde como pretensión alternativa o no que se deje sin efecto la resolución del Contrato, por haberse encontrado el demandante en incumplimiento al momento de ejercer su resolución y se le ordene el cumplimiento exacto e integral del mismo.

Posición del Árbitro Único

30. De acuerdo con el análisis efectuado en el punto anterior, al no haberse amparado la pretensión formulada, el Árbitro Único considera que carece de objeto emitir pronunciamiento sobre el presente punto.

SÉPTIMO PUNTO CONTROVERTIDO

De determinarse el amparo del punto quinto, determinar si corresponde como pretensión alternativa que se condene a Luis Aragón al pago de la suma de S/. 122,616.25 por daños y perjuicios derivados del incumplimiento de sus obligaciones.

Posición del Árbitro Único

31. De acuerdo con el análisis del quinto punto controvertido, al no haberse amparado la pretensión formulada, el Árbitro Único considera que carece de objeto emitir pronunciamiento sobre el presente punto.

OCTAVO PUNTO CONTROVERTIDO

Determinar si corresponde o no que se condene a Luis Aragón al pago de S/. 26,000.00 por concepto de penalidad por retraso en la ejecución de la prestación consistente en la construcción de la estación fija para aforos.

Posición del Árbitro Único

32. De la revisión del escrito de reconvención, el Árbitro Único aprecia que EGEMSA ampara su pretensión en "lo señalado en las páginas 21 y 22 del Informe Especial", así como en las conclusiones del informe pericial aportado.

En el apartado 3 del referido informe (página 21 del mismo), se desarrolla el análisis efectuado por el Órgano de Control Institucional de EGEMSA respecto de la omisión en la aplicación de penalidades por construcción de estación fija, bajo el siguiente detalle:

"Para la construcción de la estación fija de aforos, el contratista tenía un plazo de 60 días calendario a partir de 6 de febrero de 2010 al 7 de abril de 2010 según el numeral 8.1.2.3, del contrato N° 01-2010; y con la primera adenda se aprobó una suspensión de labores de 65 días calendario a partir del 26 de marzo de 2010 al 30 de mayo de 2010. Luego de esto, mediante las adendas N° 2, 3 y 4 se aprobó la suspensión de labores del 22 de noviembre de 2010 al 30 de julio de 2011; sin embargo, el contratista concluyó la construcción de la estación fija en forma parcial durante el mes de setiembre del 2011, tal como se evidencia de la carta N° 061-LAG-07/2011 de 6 de setiembre de 2011 (anexo N° 39), existiendo un retraso de 200 días, cantidad resultante de la diferencia entre el plazo utilizado para terminar la construcción (450 días) menos los días otorgados mediante la aprobación de las adendas N° 2, 3 y 4 (250 días). (...)"

No obstante, el informe concluye que EGEMSA no hizo efectiva la aplicación de penalidades por los incumplimientos imputados a Luis Aragón referidos al retraso de 200 días en la construcción de estación fija. Asimismo, luego de efectuar el cálculo del importe de las penalidades que le hubiera correspondido aplicar, el informe sostiene que EGEMSA debió proceder con la resolución del contrato N° 01-2010, sin embargo, ésta continuó con la ejecución del contrato, omitiendo aplicar y

cobrar la penalidad al contratista ascendente a S/. 26,000.00, conforme se aprecia de lo señalado en la página 22 del informe, que se cita a continuación:

"La penalidad inaplicada por los 200 días asciende a S/. 40,388.00.

(...)

El importe determinado, resulta superior a lo establecido en la Ley de Contrataciones, por lo que la penalidad máxima aplicable es el 10% del monto del contrato equivalente a S/. 26,000.00.

(...)

Por el importe de la penalidad y el tope máximo, procedía la resolución del contrato N° 01-2010, sin embargo, Entidad continuó la ejecución del contrato, omitiendo aplicar y cobrar la penalidad al contratista de S/. 26,000.00.

(...)"

Conforme se aprecia del informe aportado, el Árbitro Único considera que es posible confirmar el análisis efectuado en el quinto punto controvertido, en la medida que ha quedado acreditado que EGEMSA no siguió los procedimientos establecidos en las Bases Integradas, el Contrato y la normativa de contratación estatal para aplicar las penalidades por los incumplimientos imputados y, de ser el caso, resolver el contrato.

Por los argumentos expuestos, el Árbitro Único considera que no corresponde condenar a Luis Aragón al pago de S/. 26,000.00 por concepto de penalidad de retraso en la ejecución de la prestación consistente en la construcción de la estación fija para aforos, máxime cuando los mismos han recibido la conformidad por parte de EGEMSA y no fueron cuestionados en su debida oportunidad, por lo que deben entenderse convalidados.

NOVENO PUNTO CONTROVERTIDO

De determinarse afirmativamente el tercer punto controvertido y el séptimo punto controvertido y sea esta la elegida a cumplir por Luis Aragón o EGEMSA, y/o el octavo punto controvertido, se determine si corresponde disponer la compensación de dichas obligaciones y se ordene a Luis Aragón que pague la suma remanente a favor de EGEMSA, si la hubiere.

Posición del Árbitro Único

33. De acuerdo con el análisis efectuado en el tercero, séptimo y octavo punto controvertido, el Árbitro único considera que no corresponde emitir opinión acerca del presente punto.

DÉCIMO PUNTO CONTROVERTIDO

Determinar a quién corresponde el pago de costas y costos del proceso.

Posición del Árbitro Único

34. En el presente caso, en el Convenio Arbitral de fecha 06 de enero de 2010, incorporado en la cláusula décimo sexta del Contrato de Servicios N° 01-2010, las partes acordaron lo siguiente:

"16.1. Las partes acuerdan que todos los conflictos que surjan, desde la suscripción del contrato, sobre su ejecución, interpretación, resolución, inexistencia, ineficacia o invalidez, serán resueltos de manera definitiva e inapelable mediante arbitraje de derecho organizado y administrado por el Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú, de conformidad con sus reglamentos vigentes, a los cuales las partes se someten libremente, señalando que el laudo arbitral es inapelable, definitivo y obligatorio. El arbitraje estará a cargo de un solo árbitro y se desarrollará en la ciudad de Lima."

Conforme se aprecia del citado Convenio Arbitral, las partes han optado por remitir la determinación de los costos arbitrales a las disposiciones del reglamento del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Al respecto, según lo previsto en el artículo 103 del reglamento del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú, los costos del arbitraje comprenden los siguientes conceptos:

- "a) Los gastos administrativos del Centro.*
- b) Los honorarios de los árbitros.*
- c) Los gastos de viaje y otros que con ocasión a éstos, realicen los árbitros y el personal del Centro, de conformidad con las disposiciones de este Reglamento.*
- d) Los honorarios y gastos de los peritos o de cualquier otra asistencia requerida por los árbitros, conforme a este Reglamento.*
- e) Los honorarios razonables de las defensas de las partes.*
- f) Otros gastos razonables derivados de las actuaciones arbitrales."*

Asimismo, de acuerdo con lo establecido en el artículo 104 del referido reglamento, corresponde al Árbitro Único distribuir los costos arbitrales en función a las siguientes disposiciones:

"Los árbitros se pronunciarán en el laudo que pone fin a la controversia sobre la imputación de los costos del arbitraje, atendiendo a lo establecido en el convenio arbitral. De no existir acuerdo al respecto, los costos serán de cargo de la parte que haya sido vencida en el arbitraje.

Sin perjuicio de ello, los árbitros podrán disponer la distribución de los costos del arbitraje entre las partes, si lo considera atendible de acuerdo a lo ocurrido en el arbitraje."

Por tanto, en la medida que las partes no han convenido acerca de la distribución de los costos arbitrales, y en atención a la naturaleza del presente caso, el Árbitro Único considera que corresponde disponer que cada una de las partes asuma los costos del presente arbitraje.

DECISIÓN DEL ÁRBITRO ÚNICO:

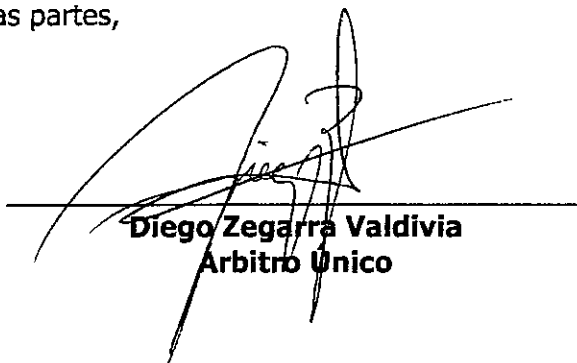
Estando a las consideraciones expuestas, dentro del plazo correspondiente, el Árbitro Único en Derecho, **RESUELVE:**

1. **DECLÁRESE INFUNDADA** la excepción de caducidad deducida por EGEMSA contra la segunda pretensión principal de la demanda, por los argumentos expuestos en la parte considerativa del presente laudo.
2. **DECLÁRESE INFUNDADA** la excepción de caducidad deducida por Luis Aragón contra la primera pretensión principal de la reconvención, así como contra las pretensiones alternativas condicionadas a ella.
3. **DECLÁRESE FUNDADA** la primera pretensión principal de la demanda, por los argumentos expuestos en la parte considerativa del presente laudo. En consecuencia, **DECLÁRESE** consentida la resolución del contrato formulada por Luis Aragón mediante Carta N° 003-2014-LAG/AL de fecha 11 de setiembre de 2014.
4. **DECLÁRESE FUNDADA** la tercera pretensión principal de la demanda, por los argumentos expuestos en la parte considerativa del presente laudo. En consecuencia, **DISPÓNGASE** que EGEMSA efectúe a favor de Luis Aragón el pago por los siguientes conceptos:
 - Pago de los servicios ejecutados correspondientes al Cuarto Informe del Contrato, el cual asciende a la suma de S/. 26,000.00 (Veintiséis mil con 00/100 Nuevos Soles).
 - Pago de los intereses legales correspondientes al Cuarto Informe, los cuales deben ser aplicados desde el 23 de julio de 2014 hasta la fecha en que se haga efectivo el pago del capital ascendente a la suma de S/. 26,000.00 (Veintiséis mil con 00/100 Nuevos Soles).
 - Pago de los servicios ejecutados en el Quinto Informe presentado por Luis Aragón, ascendente a la suma de S/. 26,000.00 (Veintiséis mil con 00/100 Nuevos Soles).

- Pago de intereses legales correspondientes al quinto pago, los mismos que deben computarse desde el 03 de setiembre de 2014 hasta la fecha efectiva en que se haga efectivo el pago de capital.
- Pago de los gastos financieros a Luis Aragón por las renovaciones de la carta fianza N° 005324, contados desde que se venció el plazo máximo para emitir la conformidad, es decir, desde el 02 de setiembre de 2014.

5. **DECLÁRESE FUNDADA** la tercera pretensión principal de la demanda, por los argumentos expuestos en la parte considerativa del presente laudo. En consecuencia **DISPÓNGASE** que EGEMSA efectúe la devolución de la carta fianza N° 005324 a Luis Aragón, como consecuencia de la conclusión del contrato de servicios N° 01-2010.
6. **DECLÁRESE IMPROCEDENTE** la primera pretensión principal de la reconvencción, por los argumentos expuestos en la parte considerativa del presente laudo. En consecuencia, el Árbitro Único considera que no corresponde declarar el incumplimiento del Contrato de Servicios por parte de Luis Aragón. En el mismo sentido, **DECLÁRESE IMPROCEDENTE** las pretensiones alternativas condicionadas a la primera pretensión principal de la reconvencción, por los argumentos expuestos en la parte considerativa del presente laudo.
7. **DECLÁRESE INFUNDADA** la segunda pretensión principal de la reconvencción, por los argumentos expuestos en la parte considerativa del presente laudo. En consecuencia, no corresponde condenar a Luis Aragón al pago de S/. 26,000.00 por concepto de penalidad de retraso en la ejecución de la prestación consistente en la construcción de la estación fija para aforos, máxime cuando los mismos han recibido la conformidad por parte de EGEMSA y no fueron cuestionados en su debida oportunidad, por lo que deben entenderse convalidados. En el mismo sentido, **DECLÁRESE INFUNDADA** la pretensión condicionada a la segunda pretensión principal alternativa y a la segunda pretensión principal de EGEMSA, por los argumentos expuestos en la parte considerativa del presente laudo.
8. **DISPÓNGANSE** que tanto Luis Aragón así como EGEMSA, asuman en partes iguales, los costos y costas arbitrales generados por la tramitación del presente proceso arbitral.

Notifíquese a las partes,



Diego Zagarra Valdivia
Árbitro Único