


41

| | |
|--|------------------|
|  | |
| CORTE SUPERIOR DE ARBITRAJE CAMARA DE COMERCIO DE AYACUCHO | |
| RECIBIDO | |
| 20 DIC 2019 | |
| N° de Registro: 539 | N° de Folios: 41 |
| Firma: <i>[Firma]</i> | Hora: 10:20 |
| LA RECEPCIÓN NO ES SEÑAL DE CONFORMIDAD | |

LAUDO DE DERECHO

Número de Expediente: 10-2019-JDGD -CSA/AYA
Contratista: RESISTEM CONTRATISTAS GENERALES S.A.C. (En adelante, el Contratista o el Demandante).
Demandado: DIRECCIÓN REGIONAL AGRARIA DE AYACUCHO - GOBIERNO REGIONAL DE AYACUCHO (En adelante, la Entidad o el Demandado).
Contrato: Contrato N° 073-2013-GRA/ GG-GRDE-DRAA-OADM-UA-DR (En adelante, el Contrato).
Monto del Contrato: S/ 165,695.15
Cuantía de la Controversia: S/ 562,534.22
Tipo y Número de Proceso de Selección: Adjudicación Directa Selectiva N° 012-2013/GRA-DRAA/CEP
Árbitro Único: Juan Diego Gushiken Doy.
Secretaria Arbitral: Raida Yovana Flores Cayllahui.
Monto de los honorarios del Tribunal Arbitral: S/ 9,919.00
Monto de los honorarios de la Secretaría Arbitral: S/ 5,027.60
Fecha de emisión del laudo:
(Unanimidad/Mayoría): Unanimidad
N° de Folios: 41

003

Pretensiones (controversias relacionadas a las siguientes materias):

- ☐ Nulidad, invalidez, inexistencia y/o ineficacia del contrato.
- ☐ Resolución del contrato.
- ☐ Ampliación del plazo contractual.
- ☐ Defectos o vicios ocultos.
- ☐ Formulación, aprobación o valorización de metrados.
- ☐ Recepción y conformidad.
- ☐ Liquidación y pago.
- ☐ Mayores gastos generales.
- ☒ Indemnización por daños y perjuicios.
- ☐ Enriquecimiento sin causa.
- ☐ Adicionales y reducciones.
- ☐ Adelantos.
- ☐ Penalidades.
- ☐ Ejecución de garantías.
- ☐ Devolución de garantías.
- ☒ Otros (especificar) Dar suma de dinero.

[Firma]

[Firma]

ÍNDICE

| | |
|--|----|
| I. Cláusula Arbitral | 3 |
| II. Designación de Árbitro Único | 3 |
| III. Instalación del Árbitro Único | 4 |
| IV. Actos Postulatorios | 4 |
| V. Determinación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios | 6 |
| VI. Alegatos e Informes Orales | 8 |
| VII. Plazo para laudar | 9 |
| VIII. Aspectos preliminares | 9 |
| IX. Análisis de la Materia Controvertida | 12 |
| X. Laudo | 39 |

004

Resolución N° 18

En Ayacucho, al decimoctavo día del mes de diciembre del año dos mil diecinueve, el Árbitro Único, abogado Juan Diego Gushiken Doy, luego de haber realizado las actuaciones arbitrales de conformidad con la ley y las normas establecidas por las partes, actuado las pruebas ofrecidas, teniendo presente las alegaciones efectuadas por las partes, y analizado las pretensiones planteadas en la demanda, dicta el siguiente laudo:

005



I. CLÁUSULA ARBITRAL

1. En la Cláusula Décimo Sétima del Contrato N°073-2013-GRA/GG-GRDE-DRAA-OADM.UA-DR (en adelante, el Contrato), se estableció que:

"Cualquiera de las partes tiene el derecho a iniciar el arbitraje administrativo a fin de resolver las controversias que se presenten durante la etapa de ejecución contractual dentro del plazo de caducidad previsto en los artículos 144, 170, 175, 176, 177 y 181 del Reglamento, en su defecto, en el artículo 52 de la Ley de Contrataciones del Estado. Facultativamente, cualquiera de las partes podrá someter a conciliación la referida controversia, sin perjuicio de recurrir al arbitraje en caso no se llegue a un acuerdo entre ambas, según lo señalado en el artículo 214 el Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

El Laudo arbitral emitido es definitivo e inapelable, tiene valor de cosa juzgada y se ejecuta como una sentencia".

II. DESIGNACIÓN DEL ÁRBITRO ÚNICO

- 
2. Mediante Carta N° 53-2019-CSA-CCA/AYA de fecha 14 de marzo de 2019, la Corte Superior de Arbitraje de la Cámara de Comercio, Industria, Servicios, Turismo y de la Producción de Ayacucho comunicó
- 

al abogado Juan Diego Gushiken Doy su designación como Árbitro Único, para resolver la controversia surgida entre las partes.

3. El Árbitro Único que conoce la presente causa aceptó la designación efectuada, manifestando que no tiene ninguna incompatibilidad para ejercer el cargo de árbitro y no mantiene conflicto de intereses alguno con ninguna de las partes del arbitraje.

III. **INSTALACIÓN DEL ÁRBITRO ÚNICO**

006

4. Con fecha 12 de abril de 2019, se llevó a cabo la Audiencia de Instalación del Árbitro Único, en sede de la Corte Superior de Arbitraje de la Cámara de Comercio, Industria, Servicios, Turismo y de la Producción de Ayacucho, sito en el Jr. San Martín 432, distrito de Ayacucho, provincia de Huamanga, Región de Ayacucho, con la presencia de ambas partes.

En dicha audiencia se establecieron las reglas que regirían el desarrollo del presente arbitraje, el monto de los gastos arbitrales y se declaró formalmente instalado el Árbitro Único.

IV. **ACTOS POSTULATORIOS**

5. Mediante escrito de fecha 30 de abril de 2019, el Contratista presentó su escrito de demanda. En dicho escrito, el Contratista planteó las siguientes pretensiones, las cuales procedemos a transcribir:

- a. **PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL**

Que, el Árbitro único ordene a la Entidad el pago de S/. 121,951.50 (CIENTO VEINTIÚN MIL NOVECIENTOS CINCUENTA Y UNO CON 50/100 SOLES) correspondiente al 70% restante del pago correspondiente a la ejecución del servicio de "Implementación del Sistema de Riego Automatizado en el vivero de Alta Tecnología", más IGV e intereses, cuya tasa deberá ser determinada por el

Árbitro único, los cuales se generaron desde la conformidad del servicio hasta la fecha efectiva del pago.

b. **SEGUNDA PRETENSION PRINCIPAL**

Que, el Árbitro único ordene a la Entidad el pago de S/. 1,600.00 (UN MIL SEISCIENTOS CON 00/100 SOLES) correspondiente al costo de un PROGRAMADOR DE RIEGO marca HUNTER mod. XC que mi representada puso en calidad de préstamo (que nunca fue devuelto hasta la fecha), ello con el fin de poder concluir con el servicio, el cual se utilizó para realizar prueba de funcionamiento para dejar constancias de la operatividad del Sistema de Riego, Automatizado en el vivero de Alta Tecnología, monto al que deberá agregarse el IGV e intereses, cuya tasa deberá ser determinada por el Árbitro único, los cuales se generaron desde la conformidad del servicio hasta la fecha efectiva del pago.

c. **TERCERA PRETENSION PRINCIPAL**

Que, el Árbitro único ordene a la Entidad reconozca a favor de mi representada, una Indemnización por daños y perjuicios, ascendente a la suma de S/. 438,982.72 (CUATROCIENTOS TREINTA Y OCHO MIL NOVECIENTOS OCHENTA Y DOS CON 72/100 SOLES), por concepto de daño emergente y lucro cesante, derivados de la falta de pago por parte de la Dirección Regional de Agricultura de Ayacucho (DRAA – GRA), más IGV e intereses legales, cuya tasa deberá ser determinada por el Árbitro único, los cuales se generaron desde la conformidad del servicio hasta la fecha efectiva del pago.

d. **CUARTA PRETENSIÓN PRINCIPAL**

Que, el Árbitro único ordene a la Entidad el pago total de las costas y costos procesales relacionados a los gastos que genere el presente arbitraje, que incluye los honorarios del Tribunal Arbitral, los gastos de la secretaría arbitral, los Asesores Técnicos y Asesores Legales encargados de la defensa de mi representada, así como los intereses de este concepto hasta el momento del pago.

6. Cabe señalar que dichas pretensiones fueron acompañadas con sus fundamentos de hecho y derecho respectivos.
7. Mediante escrito de fecha 22 de abril de 2019, la Entidad contestó la demanda dentro del plazo establecido para tales efectos.

007

8. Asimismo, en dicho escrito, además de proceder con la contestación de demanda, la Entidad formuló tacha contra el documento: i) Informe N° 490-2013-GRA/GG-GRDE-DRAA-PROY.DURAZNO/RM.
9. El Árbitro Único corrió traslado de la tacha mediante Resolución N° 5 de fecha 22 de mayo de 2019 y el Contratista procedió con la absolución mediante escrito de fecha 11 de junio de 2019.
10. Por otra parte, en dicho escrito, el Contratista procedió con ampliar su demanda.
11. En ese sentido, mediante Resolución N° 7, el Árbitro Único tuvo por absuelto el traslado conferido mediante Resolución N° 5, se reservó para un momento posterior el pronunciamiento en relación con la tacha el documento: i) Informe N° 490-2013-GRA/GG-GRDE-DRAA-PROY.DURAZNO/RM, se admitió la ampliación de demanda y se corrió traslado de esta a la Entidad.
12. Mediante escrito de fecha 5 de junio de 2019 y fuera del plazo establecido para tales efectos, la Entidad procedió a emitir un pronunciamiento respecto de la ampliación de demanda. Por lo que, mediante Resolución N° 10, entre otros asuntos, el Árbitro Único procedió con dejar constancia de dicho hecho y tuvo presente los argumentos expuestos por dicha parte.

V. DETERMINACIÓN DE PUNTOS CONTROVERTIDOS Y ADMISIÓN DE MEDIOS PROBATORIOS

13. Mediante Resolución N° 11 de fecha 12 de julio de 2019, el Árbitro Único con la finalidad de dotar de mayor celeridad al presente proceso, decidió prescindir de la audiencia de fijación de puntos controvertidos y procedió mediante dicha Resolución a fijar las cuestiones que serán materia de

008

pronunciamiento, así como determinar la admisión de los medios probatorios ofrecidos en el presente arbitraje.

14. A tales efectos, el Árbitro Único procedió a establecer los puntos controvertidos en los términos siguientes:

1. Determinar si corresponde que el Árbitro Único ordene a la Entidad realizar el pago de S/. 121,951.50 (Ciento veintiún mil novecientos cincuenta y uno con 50/100 soles) correspondiente al 70% restante del pago correspondiente a la ejecución del servicio de "Implementación del Sistema de Riego Automatizado en el vivero de Alta Tecnología", más IGV e intereses, cuya tasa deberá ser determinada por el Árbitro Único, los cuales se generaron desde la conformidad del servicio hasta la fecha efectiva del pago.
2. Determinar si corresponde que el Árbitro Único ordene a la Entidad realizar el pago de S/. 1,600.00 (Mil seiscientos con 00/100 soles) correspondiente al costo de un programador de riego marca Hunter modelo XC, monto al que deberá agregarse el IGV e intereses, cuya tasa deberá ser determinada por el Árbitro Único, los cuales se generaron desde la conformidad del servicio hasta la fecha efectiva del pago.
3. Determinar si corresponde que el Árbitro Único ordene a la Entidad que reconozca a favor del Contratista, una indemnización por daños y perjuicios, ascendente a la suma de S/. 438,982.72 (Cuatrocientos treinta y ocho mil novecientos ochenta y dos con 72/100 soles), por concepto de daño emergente y lucro cesante, derivadas de la falta de pago, más IGV e intereses legales cuya tasa deberá ser determinada por el Árbitro Único, los cuales se generaron desde la conformidad del servicio hasta la fecha efectiva del pago.
4. Determinar si corresponde que el Árbitro Único ordene a la Entidad realizar el pago total de las costas y costos procesales relacionados a los gastos que genere el presente arbitraje.

009

Admisión de medios probatorios:

15. De conformidad con lo establecido en la Resolución N° 11, el Árbitro Único admitió los medios probatorios ofrecidos por las partes:




- Se admitieron los medios probatorios ofrecidos por el Contratista mediante los escritos presentados el 30 de abril de 2019 y el escrito de fecha 11 de junio de 2019.
- Se admitieron los medios probatorios ofrecidos por la Entidad mediante escrito presentado el 21 de mayo de 2019.

16. Sin perjuicio de lo anterior, respecto a la tacha formulada por la Entidad en contra del medio probatorio consistente al Informe N° 490-2013-GRA/GG-GRDE-DRAA-PROY.DURAZNO/RM, se dejó constancia que, la misma que será resuelta por el Árbitro Único posteriormente, inclusive al momento de laudar.
17. En dicha Audiencia, el Árbitro Único se reservó el derecho de disponer oportunamente la actuación de oficio de cualquier otro medio probatorio que considere conveniente, de acuerdo con lo establecido en el artículo 43° del Decreto Legislativo N° 1071.
18. Asimismo, el Árbitro Único se reservó la facultad de citar a las partes a cuantas audiencias estime necesarias.

010

VI. ALEGATOS E INFORMES ORALES

19. Mediante Resolución N° 14 de fecha 16 de setiembre de 2019, el Árbitro Único otorgó a las partes un plazo de cinco (5) días hábiles para que presentaran sus alegaciones y conclusiones por escrito y, de considerarlo pertinente, solicitaran el uso de la palabra.
20. Mediante escrito de fecha 22 de setiembre de 2019, la Entidad únicamente solicitó el uso de la palabra.
21. Mediante Resolución N° 15, el Árbitro Único dejó que ninguna de las partes ejerció su derecho respecto de presentar sus alegatos por escrito,

tuvo presente la solicitud efectuada por la Entidad respecto de llevar a cabo una Audiencia de Informes Orales y citó a las partes a la Audiencia de Informes Orales para el viernes 4 de octubre de 2019 a las 16:00 horas.

22. Por otra parte, mediante escritos de fecha 26 y 27 de setiembre de 2019, el Contratista presentó sus alegatos por escrito y solicitó la reprogramación de la audiencia para las 17:00 horas del mismo día.
23. Mediante Resolución N° 16, se tuvo presente el escrito presentado por dicha parte y se procedió con la reprogramación de la audiencia en los términos señalados en el punto anterior.
24. Con fecha 4 de octubre de 2019, en la sede del Arbitraje, se llevó a cabo la Audiencia de Informes Orales en la que se otorgó el uso de la palabra a las partes, así como sus derechos de réplica y dúplica. Asimismo, el Árbitro Único efectuó las preguntas que consideró pertinentes.

011

VII. PLAZO PARA LAUDAR

25. Mediante Resolución N° 17, el Árbitro Único fijó en treinta (30) días hábiles el plazo para laudar, reservándose la facultad de prorrogarlo discrecionalmente.

VIII. ASPECTOS PRELIMINARES

26. El presente laudo se expide de conformidad con lo dispuesto en el artículo 56° del Decreto Legislativo N° 1071 (en adelante, DLA). Estando a lo dispuesto en el mencionado artículo, el Árbitro Único señala que resolverá a partir de los medios probatorios ofrecidos y admitidos, merituando todas las pruebas actuadas, aun cuando estas no sean mencionadas en forma expresa, analizando lo qué se ha pretendido

demostrar con cada una de dichas pruebas otorgándole un valor probatorio, verificando si respaldan los hechos y pretensiones descritos por las partes.

27. En su labor interpretativa, el Árbitro Único tendrá presente los siguientes principios interpretativos:

012

- De conservación del contrato, por el cual cuando una cláusula del contrato es susceptible de interpretarse en dos sentidos deberá entenderse en aquél que puede producir algún efecto y no en el que no genere ninguno.

La interpretación, como señala Díez Picazo:

*"(...) debe dirigirse a que el contrato o cláusula discutida sea eficaz. Entre una significación que conduce a privar al contrato o a la cláusula de efectos y otra que le permite producirlos, debe optarse por esta última."*¹

- De la búsqueda de la voluntad real de las partes, que es la posición asumida por el Código Civil Peruano cuando se presenta alguna discrepancia entre lo declarado por las partes y lo querido por ellas.

En efecto, en el último párrafo del artículo 1361º del Código Civil se establece la presunción "*iuris tantum*" establece que "la declaración expresada en el contrato responde a la voluntad común de las partes y quien niegue esa coincidencia debe probarla".

¹ DIEZ-PICAZO, Luis. Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial. Volumen I. Editorial Civitas. Madrid, 1993. Pág. 396.

Esto quiere decir que el análisis de todos y cada uno de los documentos del Contrato deberá hacerse de manera integral y completa teniendo en cuenta la "voluntad común", a la que en la Exposición de Motivos del Código Civil se la define como:

"(...) los fines idénticos buscados por los contratantes y que se expresan en la declaración que formulan al celebrar el contrato. No se trata, por consiguiente, del objetivo que busca "cada contratante por sí mismo; y hay que presumir que lo que aparece en la relación contractual responde a esa intención, considerada de un modo integral y referida al contrato como un todo"².

013

- De la Buena fe, que no es otra cosa que la aplicación de las ideas de confianza y auto responsabilidad en la interpretación. Así tenemos que:

"(...) si una de las partes, con su expresión o su declaración, suscitó en la otra una confianza en el sentido objetivamente atribuible a dicha declaración, esta parte no puede impugnar este sentido y pretender que el contrato tiene otro diverso"³.

28. En este estado, el Árbitro Único, antes de analizar las materias controvertidas, procede a confirmar los siguientes aspectos:

- El proceso arbitral se constituyó con arreglo a la Ley de Contrataciones con el Estado (en adelante, la LCE) y el Reglamento de la Ley de Contrataciones con el Estado (en

² ARIAS SCHREIBER PEZET, Max. Código Civil. Exposición de Motivos y Comentarios. Tomo VI. Comisión Encargada del Estudio y Revisión del Código Civil. Compiladora Delia Revoredo de Debakey. Lima. 1985. Pág. 25.

³ DIEZ-PICAZO, Luis. Óp. Cit. Volumen I. Pág. 398.

adelante, el RLCE), al que las partes se sometieron incondicionalmente.

- En el proceso arbitral no se produjo recusación alguna contra el Árbitro Único.
- Las partes presentaron su demanda y contestación de la demanda, dentro de los plazos establecidos.
- Las partes han tenido la facultad y el ejercicio pleno a su derecho de defensa, así como para ofrecer y actuar sus medios probatorios, alegatos e informes orales.
- El Árbitro Único ha procedido a laudar dentro de los plazos legales y acordados con las partes durante el proceso arbitral.

014

IX. ANÁLISIS DE LA MATERIA CONTROVERTIDA

29. De acuerdo con lo establecido en la Resolución N° 11 de fecha 12 de julio de 2019, corresponde al Árbitro Único pronunciarse respecto de cada uno de los puntos controvertidos teniendo en cuenta el mérito de la prueba aportada al arbitraje para determinar, en base a la valoración conjunta de ellas, así como a los fundamentos expuestos por cada parte, las consecuencias jurídicas que, de acuerdo a derecho, se derivan para las partes en función de lo que haya sido probado o no en el marco del arbitraje.
30. Debe destacarse que la carga de la prueba corresponde a quien alega un determinado hecho para sustentar o justificar una determinada posición, de modo que logre crear certeza en el juzgador respecto de tales hechos.
31. Asimismo, debe tenerse en cuenta, con relación a las pruebas aportadas al arbitraje que en aplicación del Principio de "Comunidad o Adquisición de la Prueba", las pruebas ofrecidas por las partes, desde el momento que fueron presentadas y admitidas como medios probatorios, pasaron a

[Handwritten signature]

[Handwritten mark]

pertenecer al presente arbitraje y, por consiguiente, pueden ser utilizadas para acreditar hechos que incluso vayan en contra de los intereses de la parte que la ofreció.

32. Ello concuerda con la definición de dicho principio que establece que:

015

"... la actividad probatoria no pertenece a quien la realiza, sino, por el contrario, se considera propia del proceso, por lo que debe tenerse en cuenta para determinar la existencia o inexistencia del hecho a que se refiere, independientemente de que beneficie o perjudique los intereses de la parte que suministró los medios de prueba o aún de la parte contraria. La prueba pertenece al proceso y no a la parte que propuso o lo proporcionó"⁴.

SOBRE LA TACHA

Posición de la Entidad

33. De una revisión de lo señalado por la Entidad, el Árbitro Único observa que dicha parte fundamenta su tacha esencialmente en lo señalado en el artículo 243° del Código Procesal Civil, el cual regula que, cuando en un documento resulte manifiesta la ausencia de una formalidad esencial que la ley prescribe bajo sanción de nulidad, aquél carece de eficacia probatoria. Y, bajo esa línea, la declaración de ineficacia se declara como consecuencia de una tacha fundada.
34. En primer lugar, la Entidad afirma que el Informe N° 490-2013-GRA/GG-GRDE-DRAA-PROY.DURAZNO/RM no presenta las formalidades esenciales que establece el Art. 176° del RLCE.⁵

⁴ TARAMONA H., José Rubén. "Medios Probatorios en el Proceso Civil". Ed.: Rodhas 1994, pág. 35.

⁵ Así, de acuerdo con la Entidad se estaría contraviniendo lo señalado en su segundo párrafo, el cual establece que: "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."

35. En ese sentido, de acuerdo con la Entidad, dicho documento carecería de eficacia probatoria, dado que no se adjunta ningún informe ni hace referencia a la existencia de una verificación de por parte de los responsables de la operatividad del servicio.
36. En segundo lugar, la Entidad considera que el documento debería ser tachado debido a que contraviene la cláusula décima del Contrato⁶, puesto que únicamente presenta la firma del Responsable de Meta más no del Inspector.
37. Por otra parte, la Entidad manifestó que el referido documento no cuenta con el sello de recepción de la Entidad que acredite que el documento es público. Ello implica, a juicio de la Entidad, que dicho documento no puede considerarse como válido para la procedencia del pago a favor del contratista.
38. Finalmente, la Entidad concluye que dicho documento no cumple con todos los requisitos de validez de todo Acto Administrativo conforme al Artículo 3° de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General.

Posición del Contratista

39. De acuerdo con el Contratista, no es cierto que no existan informes del área usuaria que hagan referencia a la operatividad del servicio, así dicha parte señala que, mediante Informe N° 539-2013-GRA/GG-GRDE-DRAA-PROY.DURAZNO/MAMR, el responsable de meta informa el cumplimiento del servicio. Asimismo, dicha parte observa que el

⁶ En dicha cláusula se establece que: "La conformidad de servicio se regula por lo dispuesto en el artículo 176° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado y será otorgada de conformidad del responsable de meta e Inspector (...)

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

documento no tuvo observaciones.

40. Por otra parte, el Contratista señala que el Informe N° 490-2013-GRA/GG-GRDE-DRAA-PROY.DURAZNO/RM es suscrito por el responsable de Meta, en el mismo documento se puede verificar el visto bueno del supervisor y visto bueno de un segundo funcionario de la Entidad.
41. Finalmente, el Contratista manifiesta que el Informe es un documento interno del Proyecto, por lo que no es válido que es necesario que el documento tenga que contar con el sello de recepción de la Entidad, más aún cuando este Informe es objeto de prueba en un proceso disciplinario, en el que la Entidad debía verificar la conformidad otorgada.


017

Posición del Árbitro Único


42. Antes de analizar la tacha en el caso concreto, es necesario contar con el marco teórico de la tacha.
43. En la teoría general de la prueba existen mecanismos para cuestionar un medio probatorio y restarle su eficacia, estos mecanismos son conocidos en la doctrina como cuestiones probatorias. En ese orden de ideas, debe entenderse a la tacha, como una cuestión probatoria dirigida a atacar la validez y eficacia de las declaraciones de testigos, los documentos y las pruebas atípicas presentadas en el proceso.
44. Nuestro ordenamiento jurídico, específicamente el Código Procesal Civil (que si bien es cierto no resulta aplicable al presente proceso, permite una mejor comprensión sobre esta cuestión probatoria), precisa que la tacha procede y deberá declararse fundada cuando se refiere y se acredita: (i) la falsedad del documento y (ii) la ausencia de una

formalidad esencial que la ley prescribe bajo sanción de nulidad.

45. Así, tenemos que la jurisprudencia de la Corte Superior⁷ y de la Corte Suprema⁸ ha establecido la improcedencia de una tachá cuando se encuentra sustentada en la nulidad o anulabilidad del acto jurídico, en la extemporaneidad o impertinencia de la prueba.
46. Así, en el caso en concreto, se puede apreciar que la Entidad sustenta su tachá señalando que el Informe N° 490-2013-GRA/GG-GRDE-DRAA-PROY.DURAZNO/RM no presenta las formalidades esenciales que establece el Art. 176° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.
47. Sobre ello, es necesario tener en cuenta que el supuesto para declarar fundada una tachá bajo la premisa de ausencia de una formalidad esencial que la ley prescribe bajo sanción de nulidad es claro, la formalidad tiene que estar establecida en una norma con rango de ley y que esta prescriba la sanción si no se cumple con la formalidad.
48. Así se tiene que, por ejemplo, en el Código Civil, el representante, para disponer de la propiedad del representado o gravar sus bienes, se requiere que el encargo conste en forma indubitable y por escritura pública, bajo sanción de nulidad (Artículo 156).
49. Ahora bien, se puede apreciar que la Entidad plantea una tachá contra el documento consistente en el Informe N° 490-2013-GRA/GG-GRDE-DRAA-PROY.DURAZNO/RM teniendo en cuenta los siguientes argumentos:

 7 Expediente N° 131-98: "La tachá a los documentos debe estar referida a los defectos formales de los instrumentos presentados y no a su extemporaneidad o impertinencia" (CD Explorador Jurisprudencial 2000-2001 de Gaceta Jurídica)

8 Casación 1357-96-Lima: "... la tachá de documentos debe estar referida a los defectos formales de los instrumentos presentados, y no a la nulidad o falsedad de los actos contenidos en los mismos cuya nulidad o falsedad se debe hacer valer vía de acción (...) Que en consecuencia la tachá basada en la alegación de que el acto expresado en el documento presentado no coincide con la voluntad de las partes no puede servir de fundamento para amparar una tachá" (CD Explorador Jurisprudencial 2000-2001 de Gaceta Jurídica).



1. No cumple con la formalidad establecida en el segundo párrafo del artículo 176° del RLCE;
2. No cumple con lo establecido en la cláusula decima del contrato;
3. No cuenta con el sello de recepción de la Entidad que acredite que el documento es público.
4. Incumplimiento del Artículo 3° de la Ley N° 27444.

019

50. Sobre el primer argumento planteado por la Entidad, se puede apreciar que la formalidad invocada por la Entidad no está reconocida en una norma jurídica que tuviese rango de ley (es un reglamento) e, inclusive, en el supuesto que dicha norma tuviese rango de Ley, el Árbitro Único puede apreciar que la misma no establece que el incumplimiento de esta tiene como consecuencia la nulidad del acto regulado.
51. Por lo que, la tacha debe declararse infundada de plano, puesto que el propio fundamento de la Entidad se basa en una norma reglamentaria y no en una norma legal. Sin perjuicio de ello, se procederá a analizar el resto de las causales invocadas por dicha parte.
52. Respecto al incumplimiento de lo establecido en el contrato, ello no puede ser materia de tacha, puesto que, tal como se señaló en el punto anterior, la formalidad debe ser establecida en una norma de rango de Ley (y no contractual, como sería el incumplimiento del numeral décimo del contrato) e, inclusive, la misma no establece una sanción de nulidad.
53. No solo ello, sino se es necesario tener en cuenta que la tacha debe atacar al documento como tal y no su contenido. En caso la Entidad quisiera cuestionar la conformidad otorgada puesto que se estaría incumpliendo lo establecido en el contrato, dicha parte debería cuestionar tal conformidad en vía de acción y no por medio de una tacha.

54. Respecto al incumplimiento del procedimiento administrativo regular, el Árbitro Único tiene presente que el Artículo 3° de la Ley 27444 define lo que implica un procedimiento regular. Así dicha norma señala que: *"Antes de su emisión, el acto debe ser conformado mediante el cumplimiento del procedimiento administrativo previsto para su generación."*
55. En el caso concreto, la Entidad afirma que se estaría vulnerando dicha norma debido no se aprecia que se haya seguido con el trámite documentario. Es decir, a criterio de la Entidad, en tanto dicho documento no cuenta con un sello de recepción por parte de la Entidad, no puede considerarse como válido.
56. Sin embargo, la Entidad no acredita que el trámite documentario sea un requisito de validez establecido a nivel de rango legal, así, la LCE no señala que, para la emisión del documento materia de análisis, es necesario contar con el sello de recepción por parte de la Entidad para cumplir con el trámite administrativo de emisión de este.
57. Finalmente, respecto al incumplimiento del Artículo 3° de la Ley N° 27444, puede parecer que se asemejaría al supuesto de hecho previsto para la tacha, debido a que el incumplimiento estaría previsto en la Ley y, además, se prevé en el artículo 10° de dicha ley que la omisión de uno de los requisitos de validez (Artículo 3°) generaría la nulidad de pleno derecho.
58. Por lo que, para llevar a cabo dicho análisis, el Árbitro Único tendría que determinar, al momento de resolver la tacha, si el acto administrativo recogido en el documento impugnado es nulo.

020

59. Sin embargo, el Árbitro Único se encuentra impedido para determinar la nulidad de un acto administrativo al momento de analizar una tacha puesto que no es la vía idónea para ello. Así, la Corte Suprema, mediante la Casación N° 1346-1996/LIMA, determinó que:

"La nulidad del acto administrativo debe ser solicitada en vía de acción y no en vía de tacha."

021

60. A mayor abundamiento, tal como en el caso del incumplimiento contractual, la Entidad no está cuestionando el documento como tal sino está cuestionando su contenido.
61. Por lo que, en caso la Entidad quisiera cuestionar la conformidad otorgada debido a que se está incumpliendo con los requisitos de validez, dicha parte debería cuestionar tal conformidad en vía de acción y no por medio de una tacha.
62. Teniendo en cuenta lo anterior, la tacha formulada contra el documento debe ser declarada infundada, sin que ello implique la emisión de un juicio de valor sobre la calidad probatoria del mismo, la cual será materia de pronunciamiento al momento de analizar el primer punto controvertido.

PRIMER PUNTO CONTROVERTIDO

Posición del Contratista

63. De acuerdo con el Contratista, los responsables técnicos (responsable y supervisor de meta) emitieron la conformidad de nuestro servicio mediante el Informe N° 490-2013-GRA/GG-GRDE-DRAA-PROY.DURAZNO/RM de fecha 31/12/13, corroborando de esta manera el cumplimiento de su servicio.

64. Adicionalmente a ello, el Contratista afirmó que al existir conformidad de nuestro servicio y el respectivo trámite de la Orden de Servicio N° 3918, deberían efectivizar el pago restante de su contrato, quedando pendiente el pago de S/. 121,951.50 (Ciento veintiún mil novecientos cincuenta y uno con 100/50 soles) correspondiente al 70% del pago de la ejecución del servicio.

022

Posición de la Entidad

65. De acuerdo con la Entidad, el Informe N° 490-2013-GRA/GG-GRDE-DRAA-PROY.DURAZNO/RM es nulo debido a que el Contratista no cumplió con sus obligaciones contractuales, contraviniendo incluso el procedimiento, los plazos estipulados en el Contrato, la LCE y el RLCE, así como el procedimiento de aprobación de Informes estipulados en el Contrato, sin tener además la conformidad del servicio.
66. Sobre ello, la Entidad explicó que el Contrato culminaba el 1 de diciembre de 2013. Sin embargo, se puede advertir que los documentos y requerimiento del Contratista son posteriores a dicha fecha.
67. Por otro lado, la Entidad afirmó que el Contratista no cuenta con conformidad, del servicio como para exigir su pago debido a que, de acuerdo con la Opinión N° 090-2014/DTN del OSCE, 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.

Posición del Árbitro Único

68. Luego de haber analizado los argumentos esgrimidos por ambas partes y tomando en cuenta los medios probatorios presentados, corresponde que el Arbitro Único se pronuncie respecto a la presente pretensión.
69. En materia de Contrataciones con el Estado, se puede apreciar que, para que proceda el pago como contraprestación por parte de una entidad pública, es necesario seguir con el procedimiento establecido para tales efectos.
70. Al respecto, de acuerdo con el artículo 177° del RLCE⁹, una vez otorgada la conformidad a la prestación, se genera el derecho al pago del contratista.
71. En ese sentido, el Contratista debe probar que la Entidad le otorgó la conformidad de la prestación para que se genere el derecho al pago materia del presente arbitraje.
72. Así, el Contratista presentó Informe N° 490-2013-GRA/GG-GRDE-DRAA-PROY.DURAZNO/RM, mediante el cual dicha parte estaría acreditando que la Entidad otorgó la conformidad del servicio, para lo cual se procede a insertar el mismo a continuación:
73. Ahora bien, corresponde analizar si dicho documento es válido o no para determinar si corresponde o no el pago pretendido en la presente pretensión.
74. Sobre ello, el Árbitro Único tiene en cuenta que, de acuerdo con el artículo 9° del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, "[t]odo acto administrativo se considera válido en tanto su pretendida nulidad no sea

⁹ "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.
Toda reclamación o controversia derivada del contrato inclusive por defectos o vicios ocultos se resolverá mediante conciliación y/o arbitraje, en los plazos previstos para cada caso."

declarada por autoridad administrativa o jurisdiccional, según corresponda.". Ello quiere decir que, mientras que una autoridad no declare la nulidad de dicho informe, el mismo es válido para los efectos del presente arbitraje.

75. Así, en el artículo anteriormente citado, se puede apreciar que el legislado ha consagrado el principio de presunción de validez de los actos administrativos para regular la validez de dichos actos. Según Danós Ordoñez,

024

*"el (...) principio de presunción de validez de los actos administrativos constituye otro de los elementos característicos del Derecho Administrativo en cuya virtud los actos dictados por una autoridad administrativa se presumen legítimos en tanto su invalidez o disconformidad con el ordenamiento jurídico no sea expresamente declarada por quienes están facultados legalmente para constatarlo. Dicho principio consagra una presunción iuris tantum (admite prueba en contrario) y tiene por fundamento la necesidad de asegurar que la administración pública pueda realizar sus funciones en tutela del interés público."*¹⁰

76. En ese sentido, respecto a dicho informe, el Árbitro Único tiene la obligación legal de considerarlo válido debido a la presunción señalada anteriormente, puesto que

*"la presunción de validez es la cualidad de los actos administrativos en cuya virtud existe el deber de actuar y decidir partiendo de la premisa de que los actos administrativos son válidos en tanto no se declare su nulidad o sean anulados."*¹¹

¹⁰ DANÓS ORDOÑEZ, Jorge (s.f.). Régimen de la Nulidad de los Actos Administrativos en la Ley N° 27444 del Procedimiento Administrativo General, pág. 5.

¹¹ Rebollo, Manuel (2005): "La presunción de validez", Revista española de Derecho Administrativo, Vol. 128, p. 591.

77. Ahora bien, es necesario tener en cuenta que la Entidad no formuló una pretensión para que el órgano unipersonal emitiera un pronunciamiento declarando la nulidad del Acto Administrativo recogido en el Informe N° 490-2013-GRA/GG-GRDE-DRAA-PROY.DURAZNO/RM.
78. Al no existir en el expediente una pretensión relacionada con la misma, el Árbitro Único no puede emitir un pronunciamiento por aspectos no sometidos a su consideración como pretensión por parte de la Entidad, o más allá de lo estrictamente solicitado, ello en atención al Principio de *extra y ultra petita*, que conforman a su vez el Principio de Congruencia que se constituye en la exigencia derivada de la necesaria conformidad que ha de existir entre el laudo y las pretensiones que constituyen el objeto del proceso.
79. En ese sentido, para efectos del presente arbitraje, el Informe N° 490-2013-GRA/GG-GRDE-DRAA-PROY.DURAZNO/RM es válido.
80. Atendiendo a ello, corresponde ordenar a la Entidad el pago a favor del Contratista el importe de S/. 121,951.50 (Ciento veintiún mil novecientos cincuenta y uno con 50/100 soles), más IGV, a causa del incumplimiento del pago por parte de dicha institución.
81. Luego de haberse declarado que corresponde el pago, corresponde analizar el pago de intereses generados por el no pago de la prestación.
82. En este punto conviene citar ilustrativamente a los doctores Felipe Osterling Parodi y Mario Castillo Freyre¹²:

"(...) Debe quedar claro que el pago de intereses es susceptible de aplicarse a todo tipo de deudas, entiéndase: deuda pecuniaria o dineraria y deuda no pecuniaria o de valor (...). De este modo, no la naturaleza de la obligación

¹² OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. Compendio de Derecho de las Obligaciones. Lima: Palestra Editores. Pág. 517.

principal, ni el objeto de su prestación, constituyen óbice para el cobro de los intereses". (Resaltado agregado)

83. En el caso en concreto, respecto a los intereses generados bajo la normativa de Contrataciones con el Estado, el Artículo 48° de la Ley de Contrataciones con el Estado, señala lo siguiente:

"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 (...)" (Resaltado agregado)

026

84. Ahora bien, corresponde al Árbitro Único determinar cuáles son los intereses legales. Al respecto, atendiendo a que la normativa de contrataciones no establece una definición sobre los intereses, se puede apreciar que el ordenamiento peruano ha establecido dos tipos de intereses: el interés compensatorio y el moratorio, así el artículo 1244° del Código Civil señala que el interés es compensatorio cuando constituye la contraprestación por el uso de dinero o de cualquier otro bien. Es moratorio cuando tiene por finalidad indemnizar la mora en el pago.
85. El artículo 1245° señala que, cuando deba pagarse interés sin haberse fijado la tasa, el deudor debe abonar el interés legal.
86. Asimismo, el artículo 1246° del Código Civil ha establecido que, si los contratantes no pactan el pago de un interés moratorio, el deudor se encontrará obligado al pago de un determinado tipo de interés por causa de mora, que según sea el caso, se tratará del interés compensatorio (pactado) o en su defecto el interés legal¹³; tomando en cuenta que no se ha pactado ningún interés correspondería entonces aplicar el Interés

¹³ Óp. Cit., Pág. 533.

Legal.

87. En el presente caso nos encontramos ante la existencia de intereses moratorios, y no compensatorios. Debiendo aplicarse intereses moratorios, de acuerdo con las normas citadas, corresponde reconocer el interés legal.
88. Para la determinación de la fecha de la intimación en mora, a partir de la cual se devengan los intereses moratorios, se debe tener en cuenta lo señalado por el artículo 1334° del Código Civil, según el cual:

027

"Artículo 1334°.- En las obligaciones de dar sumas de dinero cuyo monto requiera ser determinado mediante resolución judicial, hay mora a partir de la fecha de la citación con la demanda (...)"

89. Dado que en el presente caso nos encontramos ante una obligación cuyo monto requiere de determinación por el juez o tribunal arbitral, los intereses se devengarían desde la citación con la demanda. No obstante, teniendo este proceso carácter arbitral, no existe propiamente una citación con la demanda.
90. Por lo tanto, cuando el artículo 1334° del Código Civil se refiere a la citación con la demanda se refiere en realidad al momento desde el cual una de las partes toma conocimiento que la otra le requiere, judicial o arbitralmente, el cumplimiento de su obligación.
91. El propósito es que, por tratarse de una suma no líquida, que debe ser determinada por el juzgador, es necesario que la mora exista desde que se pone en conocimiento del demandado las pretensiones del demandante.
92. Tal situación ocurre con la citación con la demanda en el caso de

procesos judiciales, pero en el caso de los procesos arbitrales la situación análoga ocurre cuando, en aplicación del convenio arbitral, una de las partes emplaza a la otra con las pretensiones que serán discutidas en el arbitraje, es decir, con la notificación de la solicitud de arbitraje, conforme a lo indicado en la Octava Disposición Complementaria de Ley de Arbitraje.

028

93. En consecuencia, el Árbitro Único considera que la Entidad debe pagar al Consorcio intereses moratorios, con la tasa de interés legal, a partir de la fecha de notificación de la solicitud de arbitraje.
94. Es decir, se considera que se devengan los intereses moratorios, desde el día 27 de febrero de 2019, según consta del cargo de la recepción de la solicitud de arbitraje, hasta la fecha efectiva de pago.
95. En consecuencia, el Árbitro Único declara fundada la primera pretensión de la demanda, en tal sentido, corresponde declarar fundado el pago del importe de S/. 121,951.50 (Ciento veintiún mil novecientos cincuenta y uno con 50/100 soles), más IGV e intereses los intereses legales, siendo que los últimos se computarán desde la fecha de notificación con la petición de arbitraje a la Entidad hasta la fecha efectiva de pago de lo ordenado en el presente laudo.

SEGUNDO PUNTO CONTROVERTIDO

Posición del Contratista

96. De acuerdo con el Contratista, para cumplir con el objetivo del contrato, era necesario contar un programador de riego para cumplir con el objetivo del contrato, sin embargo, este no fue considerado. Por lo que, mediante las Cartas N° 129 y 136-2013-RESISTEM C.G. SAC/GG, el Contratista se informó a la Entidad la necesidad de un programador de

riego para el funcionamiento del sistema de riego, las cuales no han tenido respuesta.

97. En ese sentido, el Contratista explicó que, con el objetivo de cumplir la prestación del servicio, puso en calidad de préstamo, un programador de riego marca Hunter mod. XC e hizo la prueba de funcionamiento, dejando operativo el sistema, pero dicho programador nunca fue devuelto.

029

Posición de la Entidad

98. De acuerdo con la Entidad, no procede el pago solicitado por el Contratista correspondiente al costo de un programador de riego marca Hunter mod. XC debido a que dicha parte no ha acreditado verídicamente la entrega de dicho equipo.
99. Adicionalmente a ello, la Entidad considera que dicho pago no puede ser exigido debido a que el préstamo no está estipulado en el contrato.

Posición del Árbitro Único

100. De una revisión de los argumentos planteados por las partes, se puede apreciar que la controversia deriva del reconocimiento sobre el pago por el préstamo de un programador de riego marca Hunter mod. XC.
101. Sobre ello, el Árbitro Único puede apreciar que lo solicitado por el Contratista no tiene causa directa en las especificaciones establecidas en el contrato, puesto que el préstamo de bienes, tal y como ha sido solicitado por el Contratista, no está regulado en el mismo.
102. De tal forma, sin entrar al análisis de fondo respecto de la pretensión planteada por el Contratista, el Árbitro Único observa que, si bien dicho

préstamo puede tratarse como una situación vinculada al Contrato, es decir, ello puede ser consecuencia de la existencia de una relación obligacional, pero que dicho prestamos no surgió directamente de la aplicación de las disposiciones del contrato.

103. En ese sentido, uno se puede encontrar frente al surgimiento de una obligación resarcitoria en función a la acción o la omisión de una las partes que en virtud de la existencia de un contrato puede verse beneficiada por una actuación vinculada al contrato pero que no surge de manera específica de él.

030

104. Sin embargo, el Árbitro Único aprecia que el pedido del Contratista no ha sido debidamente encausado bajo esos términos, motivo por el cual este profesional se ve impedido de emitir un pronunciamiento bajo esos términos.

105. Por lo que, de acuerdo con el análisis desarrollado en el presente punto, el Árbitro Único decide declarar improcedente la pretensión analizada en el presente punto controvertido, y, en consecuencia, no corresponde ordenar el pago de la suma ascendente a S/. 1,600.00 (Mil seiscientos con 00/100 soles) correspondiente al costo de un Programador de Riego marca Hunter mod. XC, dejando a salvo el derecho del Contratista de proseguir con dicha pretensión en la vía que corresponda.

TERCER PUNTO CONTROVERTIDO

Posición del Contratista

106. El Contratista señaló que cumplió con prestación a su cargo. Sin embargo, dicha parte afirmó que la Entidad solo había cumplido primer y único pago del 30% del monto adjudicado con retraso de 45 días y no

cumplió con realizar el pago del 70% restante (S/ 121,951.50), generando así un grave perjuicio económico.

107. Así, el Contratista sustentó su pedido en la cláusula decimoquinta del Contrato que establece la responsabilidad de las partes cuando no se ejecute injustificadamente las obligaciones y los Artículos 1321º y 1969º del Código Civil.

031

108. Asimismo, dicha parte manifestó que, para que proceda la indemnización por daños y perjuicios derivados de responsabilidad civil contractual deben concurrir elementos conformantes de la responsabilidad civil: La antijuridicidad, el factor de atribución, el nexo causal o relación de causalidad adecuada entre el hecho y el daño producido y el daño.

109. Así, el Contratista explicó que la conducta antijurídica consistió en el incumplimiento de la obligación esencial de la Entidad de pagar por el total de la ejecución del servicio, el cual no se debió a un caso fortuito o fuerza mayor.

110. Sobre el factor de atribución, el Contratista señaló que se encuentra frente a un supuesto de responsabilidad subjetiva, en el que perjuicio habría surgido como consecuencia de la inejecución de la obligación esencial de pago por parte de la Entidad, configurándose un actuar doloso de parte de la Entidad.

111. Respecto al nexo causal, el Contratista manifestó que el actuar de la Entidad fue la causa directa de la producción del daño, esto es, fue la causa inmediata de la producción de este.

112. Y, respecto al daño, el Contratista reclama tanto daño emergente como lucro cesante.

113. Respecto al daño emergente, el Contratista explicó que el mismo se debió a una reducción de su patrimonio como consecuencia del incumplimiento de pago por parte de la Entidad, el cual se debió al pago de intereses bancarios que tuvo que pagar por un total de S/ 21,872.32 y una actualización del valor de los materiales adjudicados en S/ 69,341.77.
114. Respecto al lucro cesante, el Contratista explicó que, en el periodo 2012 al 2018, registra ventas anuales adjudicadas hasta por S/. 202,402.56 en promedio y ventas adjudicadas acumuladas hasta por montos de S/. 607,207.69 con tendencia crecientes. Como consecuencia del incumplimiento de pago por parte de la Entidad, las ventas durante el periodo 2014 – 2017 se paralizaron por insolvencia económica:
115. En ese sentido, dicha parte afirmó que las utilidades proyectadas a un 38% dejadas de percibir, a partir de la vigencia del contrato hasta la fecha (2014 a 2017), ascienden a S/.347,768.63.

Posición de la Entidad

116. De acuerdo con la Entidad, el Contratista no se ocupa en demostrar el supuesto daño ocasionado, por lo que esta pretensión deberá ser declarada infundada en todos sus extremos.

Posición del Árbitro Único

117. Habiendo analizado las posiciones y defensas de las partes corresponde al Árbitro Único que emita un pronunciamiento respecto de este punto controvertido.
118. Respecto de los daños ocasionados a los contratistas, el segundo

párrafo del Artículo 170° del RLCE establece 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".

033

119. Del citado artículo 170° del RLCE se evidencia que, en el marco de la contratación estatal, existe la posibilidad de reparar el daño ocasionado al contratista por la resolución contractual, sin embargo, no hay otra norma en la LCE o en su Reglamento, que de manera expresa establezca otros supuestos indemnizatorios a favor de los contratistas.
120. Como es evidente, el referido vacío legal no implica que las Entidades no respondan en otros supuestos distintos a la resolución contractual.
121. El literal l) del artículo 4° de la LCE, consagra el Principio de Equidad estableciendo que:

"Las prestaciones y derechos de las partes deberán guardar una razonable relación de equivalencia y proporcionalidad, sin perjuicio de las facultades que le corresponden al Estado en la gestión del interés general".

122. Por ello, en atención al Principio de Equidad, resulta evidente que debe recurrirse al derecho común en caso las normas especiales de contratación pública no regulen los otros eventuales escenarios de responsabilidad a favor del contratista.
123. Que, como resulta ampliamente reconocido, la indemnización solamente procede si es que se acredita necesariamente la concurrencia de cuatro

elementos¹⁴ o presupuestos que son los siguientes:

- a) Elemento antijurídico: Se trata de la actuación contraria a derecho que sustenta la obligación de indemnizar. En el ámbito de los contratos es el incumplimiento contractual.
- b) Imputabilidad: No basta la acreditación del incumplimiento, sino que además resulta necesario que dicho incumplimiento sea imputable al deudor de la obligación. En las normas de contratación con el Estado se dispone que no existen consecuencias jurídicas (por ejemplo: aplicación de penalidades, facultad de resolver) por el mero incumplimiento del deudor, sino que es necesario que el incumplimiento además sea injustificado.
- c) Daño: Es el perjuicio ocasionado, el cual debe ser cierto y probado.
- d) Nexo Causal: Es la relación que debe existir entre el daño y el elemento antijurídico.

- 124. Que, el elemento antijurídico se encuentra debidamente acreditado en la presente controversia pues, la Entidad tuvo una actuación contraria a derecho que consistió en no efectuar el pago derivado de la conformidad del servicio.
- 125. Respecto de la imputabilidad, la LCE ni su Reglamento establecen disposición alguna acerca de quién debe probar la imputabilidad cuando se verifica un incumplimiento.
- 126. Por ello, la Resolución N° 1661-2011-TC-S2 del Tribunal de Contrataciones del OSCE ha establecido que:

"(...) en los casos de incumplimiento de obligaciones, existe la presunción legal establecida en el artículo 1329 del

¹⁴ OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. Tratado de las obligaciones. Vol. XVI. Cuarta Parte. Tomo X. Biblioteca para leer el Código Civil. Fondo Editorial PUCP. Lima. 2003. P. 268.

Código Civil¹⁵, según el cual se entiende que el incumplimiento es producto de la falta de diligencia del deudor. Esto genera en la persona del deudor el deber de demostrar lo contrario y acreditar que, pese a haber actuado con la diligencia ordinaria exigida por la naturaleza de la prestación, le resultó imposible cumplirla".

035

127. En consecuencia, habiéndose acreditado el incumplimiento de la Entidad, se presume que la Entidad incumplió dicha obligación por culpa leve, conforme lo entiende también el Tribunal de Contrataciones OSCE, en aplicación de la citada norma.

128. Que, respecto del daño, según lo expresado por el artículo 1331° del Código Civil, *"la prueba de los daños y perjuicios y de su cuantía también corresponde al perjudicado por la inejecución de la obligación, o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso".*

129. Que, respecto del daño emergente¹⁶, la Contratista solicita en su demanda¹⁷ los siguientes conceptos:

a) Pago de intereses bancarios que tuvo que pagar por un total de S/. 21,872.32.

Sobre ello, el Árbitro Único considera que la generación de intereses constituye una consecuencia directa del incumplimiento de las obligaciones asumidas por la Entidad.

Dicha parte, en su demanda, únicamente manifiesta que, para cumplir con el Contrato, tuvo que solicitar préstamos que ascendían a la suma de S/ 140,000.00 (Ciento cuarenta mil y 00/100 soles).

¹⁵ **Artículo 1329.-** *Se presume que la inejecución de la obligación o su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso obedece a culpa leve del deudor.*

¹⁶ *"El daño emergente es una pérdida o disminución de valores económicos ya existentes, es decir, un empobrecimiento del patrimonio del afectado".* En: LÓPEZ MESA, Marcelo y TRIGO REPRESAS, Félix. Tratado de la responsabilidad civil. Cuantificación del daño. La Ley. Buenos aires. 2006. P. 67.

¹⁷ Páginas 13 a 15 de la demanda.

Sin embargo, el Contratista no acredita la fuente de dichos préstamos, únicamente basándose en su propio dicho.

Adicionalmente a ello, el Árbitro Único aprecia que el Contratista no ha señalado cual es el nexo causal del incumplimiento de la Entidad. Es decir, dicha parte no ha acreditado claramente que, a partir del incumplimiento contractual de la Entidad, dejó de percibir un beneficio específico y que, para impedir que se vea perjudicado con ello, se vio en la necesidad de recurrir a préstamos, cuyos intereses estén vinculados a la expectativa de pago de la relación contractual originaria, más aún cuando el monto de los préstamos no equivale al monto adeudado.

Por ello, no corresponde otorgar una suma adicional de daño emergente, por este aspecto.

- b) Actualización del valor de los materiales adjudicados en S/. 69,341.77 (Sesenta y nueve mil trescientos cuarenta y uno con 77/100).

Respecto a este monto, el Árbitro Único considera que no corresponde otorgar un monto por actualización del valor de los materiales adjudicados, puesto que el costo alegado ya se encontraría reconocido en el pago de intereses a favor de dicha parte.

En consecuencia, no corresponde que estos conceptos sean asumidos por la Entidad en calidad de daño emergente.

130. Que, con relación al lucro cesante, el Árbitro Único considera necesario distinguir previamente entre el concepto de lucro cesante y el concepto de pérdida de oportunidad.

131. Al respecto, Fernández Madero sostiene que:

"El lucro cesante es la ganancia dejada de percibir por una persona o aquella de la cual ésta se ve privada, como resultado del incumplimiento de una obligación que incumbe

al deudor, o bien producto del accionar ilícito del agente dañador".¹⁸

132. Por su parte, Giraldo Gómez afirma que, en la pérdida de oportunidad, *"el daño consiste en la pérdida de la posibilidad u oportunidad misma, y no en la frustración de la ventaja o beneficio esperado"*¹⁹.
133. Conforme con lo alegado por el Contratista, lo que reclama es el lucro cesante, entendido como aquella ganancia dejada de percibir por el Contratista como resultado de una pérdida de utilidades de los años 2014 a 2017 por insolvencia económica.
134. El Árbitro Único tiene en cuenta que, para que el daño alegado sea reparable no sólo debe ser alegado por las partes, sino que el mismo debe ser cierto y debidamente probado, cuestiones que están íntimamente ligadas, y sin lo cual el árbitro no podrá estar convencido que lo alegado constituye el supuesto de hecho (daño) a la cual se le aplicará la consecuencia jurídica correspondiente (indemnización).²⁰
135. Al respecto, si bien el incumplimiento de pago por parte de la Entidad ha generado un daño al Contratista, se puede apreciar que esta última no acredita como el incumplimiento de pago no le ha permitido participar en licitaciones públicas por tres (3) años. Es decir, no demuestra cual es el fundamento respecto del periodo de tiempo antes señalado.
136. Adicionalmente a ello, el Árbitro Único tiene en cuenta que las ganancias dejadas de percibir al no poder participar en procesos de selección, no sería más que una expectativa incierta, por lo que cualquier oportunidad de inversión frustrada que fuera alegada por el

¹⁸ FERNANDEZ MADERO, Jaime. Derecho de daños. Nuevos aspectos doctrinarios y jurisprudenciales. La Ley. Buenos Aires, 2002. P. 635.

¹⁹ GIRALDO GÓMEZ, Luis Felipe. La pérdida de la oportunidad en la responsabilidad civil. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2011. P. 34.

²⁰ DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. La responsabilidad extracontractual. Fondo Editorial PUCP. Lima. Pág. 17.

Contratista, no se podría alegar como un daño, puesto que no cumple con el requisito de ser cierto.

137. Asimismo, dicha parte no ha presentado cualquier medio probatorio permitido por el ordenamiento jurídico procesal, como es el caso de testigos, declaraciones de parte, inspecciones, entre otros, los que permitan determinar la existencia del no ingreso de un bien al patrimonio del perjudicado y que la probabilidad de dicho ingreso sea cierta y válida.
138. Es de señalar, como se ha afirmado previamente, que la sola alegación de un supuesto hecho o daño no es suficiente para crear convicción sobre la producción efectiva del mismo y su ocurrencia en determinado tiempo y su afectación a persona determinada.
139. En ese sentido, el Árbitro Único declara infundada la presente pretensión.

038

CUARTO PUNTO CONTROVERTIDO

Posición del Árbitro Único

140. En lo referido a determinar a quién y en qué proporción corresponde el pago de los gastos arbitrales, costas y costos resultantes del arbitraje, el Árbitro Único considera lo siguiente:
1. Respecto de los costos del arbitraje, la cláusula Decimosétima del Contrato – la cual contiene el Convenio Arbitral – no prevé distribución alguna de los costos arbitrales.
 2. Por lo que, es necesario recurrir a lo que establece el artículo 70° de la Ley de Arbitraje²¹ establece que el Árbitro Único fijará en el laudo

²¹ Al respecto, dicho artículo establece que los costos del arbitraje comprenden:

los costos del arbitraje.

3. Asimismo, se debe tener en cuenta que, el numeral 1 del artículo 73º de la Ley de Arbitraje, que dispone que:

"El tribunal arbitral tendrá en cuenta a efectos de imputar o distribuir los costos del arbitraje, el acuerdo de las partes. A falta de acuerdo, los costos del arbitraje serán de cargo de la parte vencida. Sin embargo, el tribunal arbitral podrá distribuir y prorratear estos costos entre las partes, si estima que el prorrateo es razonable, teniendo en cuenta las circunstancias del caso."

039

141. Se tiene que la Ley de Arbitraje regula la condena de costos en su artículo 73, previendo en su numeral 1 que, a falta de acuerdo, los costos del arbitraje serán de cargo de la parte vencida.
142. En el presente laudo, se ha determinado que la Entidad incumplió con la obligación de pago que le correspondía de conformidad al Contrato, la cual dio origen a la presente controversia. En caso la Entidad hubiese efectuado su prestación en la oportunidad y forma pactada en el Contrato, el Contratista no hubiese visto en la necesidad de iniciar un arbitraje a efectos de proceder con el cobro de dicha suma.
143. En ese sentido, el Árbitro Único dispone condenar a la Entidad al pago de los costos arbitrales, los cuales – de conformidad al artículo 70 del Ley de Arbitraje – están compuestos por los honorarios del Árbitro Único y Secretaría Arbitral; y los gastos razonables en los que incurrió el Contratista para su defensa en el presente arbitraje.

-
- a. Los honorarios y gastos del tribunal arbitral.
 - b. Los honorarios y gastos del secretario.
 - c. Los gastos administrativos de la institución arbitral.
 - d. Los honorarios y gastos de los peritos o de cualquier otra asistencia requerida por el tribunal arbitral.
 - e. Los gastos razonables incurridos por las partes para su defensa en el arbitraje.
 - f. Los demás gastos razonables originados en las actuaciones arbitrales.

144. A los efectos del presente laudo, los gastos razonables de defensa a los que se ha aludido serán aquellos que cumplan con los siguientes requisitos a la emisión del presente laudo:

1. Todo gasto en que el Contratista haya supuestamente incurrido con motivo de su defensa deberá estar acreditado por un comprobante de pago.
2. El único servicio profesional cuyo pago será reconocido será el de los abogados que han representado al Contratista en el presente proceso y cuya representación consta en el expediente.
3. Para que los servicios de los referidos profesionales sean reconocidos deberán estar respaldados por el correspondiente contrato de prestación de servicios (o su equivalente), el cual deberá presentarse en original o copia certificada por un notario. En el contrato debe constar expresamente, en monto determinado o determinable, la retribución que iba a percibir la persona natural o la persona jurídica por la representación de Contratista en el presente proceso.
4. Si la retribución por los servicios prestados por estos profesionales se calcula por horas, deberá presentarse también una liquidación en que conste el número de horas de servicio prestado, con una breve sumilla de la labor desempeñada.
5. Todo gasto distinto a la retribución a los abogados que lo han representado en el presente proceso deberá tener un correlato directo con las actuaciones desarrolladas en el presente arbitraje, sea porque consta del contenido de alguno de los escritos presentados por el Contratista o porque se incurrió en él con motivo de la realización de alguna de las audiencias que se llevaron a cabo a lo largo del proceso.

145. Ahora bien, en el presente arbitraje se han liquidado como honorarios netos del Árbitro Único y de la Secretaría Arbitral las sumas de S/ 9,919.00 (Nueve mil diecinueve y 00/100 Soles) y S/ 5,027.60 (Cinco mil veintisiete y 60/100 Soles) respectivamente, las mismas que debieron ser asumidas por ambas partes en proporciones iguales, siendo del cargo de estas el pago correspondiente del Impuesto a la Renta.

040

146. Sin embargo, en el presente caso, únicamente el Contratista ha asumido el pago de la totalidad de los gastos arbitrales a sus cargos fijados mediante Acta de Instalación, conforme se dejó constancia en su oportunidad mediante Resolución N° 13, respectivamente, correspondiendo su derecho a reembolso.
147. Con lo cual, el Árbitro Único declara fundada la cuarta pretensión de la demanda.

041

X. LAUDO

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

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

Primero: Declarar **INFUNDADA** la tacha formulada por la Dirección Regional Agraria de Ayacucho - Gobierno Regional de Ayacucho contra el documento "Informe N° 490-2013-GRA/GG-GRDE-DRAA-PROY.DURAZNO/RM", por los motivos expuestos en la presente resolución.

Segundo: Declarar **FUNDADA** la Primera Pretensión Principal de la demanda y, en consecuencia, **ORDENAR** a la Dirección Regional Agraria de Ayacucho - Gobierno Regional de Ayacucho pagar el importe de S/. 121,951.50 (Ciento veintiún mil novecientos cincuenta y uno con 50/100 soles) a favor de Resistem Contratistas Generales S.A.C., más IGV e intereses, a causa del incumplimiento del pago por parte de dicha institución.

042

Segundo: Declarar **IMPROCEDENTE** la Segunda Pretensión Principal de la demanda.

Tercero: Declarar **INFUNDADA** la Tercera Pretensión Principal de la demanda.

Cuarto: **PRECISAR** que los intereses correspondientes al pago por parte de la Dirección Regional Agraria de Ayacucho - Gobierno Regional de Ayacucho respecto de las pretensiones materia del presente arbitraje son del tipo moratorios, con la tasa de interés legal, a partir de la fecha de notificación de la solicitud de arbitraje, es decir desde el 7 de marzo de 2016.

Quinto: **FIJAR** los honorarios del Árbitro Único en la suma de S/ 9,919.00 (Nueve mil diecinueve y 00/100 Soles) netos y de la Secretaría Arbitral en el monto de S/ 5,027.60 (Cinco mil veintisiete y 60/100 Soles) netos, según liquidaciones de honorarios y gastos administrativos practicados en el presente arbitraje, conforme al artículo 70° de la Ley de Arbitraje.

Sexto: Declarar **FUNDADA** la Cuarta Pretensión Principal de la Demanda y, en consecuencia, **ORDENAR** a la Dirección Regional Agraria de Ayacucho - Gobierno Regional de Ayacucho que asuma los gastos arbitrales del presente proceso, así como los gastos razonables

en los que incurrió Resistem Contratistas Generales S.A.C. para su defensa en el presente arbitraje de conformidad a los requisitos detallados en la parte considerativa de este laudo, por lo que corresponde a la Dirección Regional Agraria de Ayacucho - Gobierno Regional de Ayacucho el reembolso a favor de Resistem Contratistas Generales S.A.C. de la suma de S/ 14,946.60 (Catorce mil novecientos cuarenta y seis con 60/100 Soles).

043

Sétimo: **DISPONER** la remisión de un ejemplar del presente Laudo Arbitral al Organismo Supervisor de las Contrataciones con el Estado – OSCE.

Notifíquese a las partes.-

JUAN DIEGO GUSHIKEN DOY
Árbitro Único

RAIDA YOVANA FLORES CAYLLAHUI
Secretaria Arbitral