

LAUDO ARBITRAL

DEMANDANTE: Pezo Empresa Constructora S.A.C.

DEMANDADA: EPS Emapa Huacho S.A.

TIPO DE ARBITRAJE: Nacional y de Derecho

ÁRBITRO ÚNICO: Alexander Campos Medina

SECRETARIA ARBITRAL: Dirección de Arbitraje Administrativo OSCE

Resolución N° 10

En Lima, a los 23 días del mes de abril del año dos mil doce, 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 y contestación de la demanda, dicta el siguiente laudo para poner fin, por decisión de las partes, a la controversia planteada:

I. ANTECEDENTES

Instalación de Árbitro Único.-

- 1- Con fecha 04/03/11 se llevó a cabo la Instalación del Árbitro Único, doctor Alexander Campos Medina, con la finalidad de resolver las controversias generadas entre Pezo Empresa Constructora S.A.C. (en adelante, “**PEZO**” o “**la Demandante**”, indistintamente) en contra de EPS Emapa Huacho S.A. (en adelante, “**EMAPA**” o “**la Demandada**”, de forma indistinta) con ocasión de la ejecución del Contrato que tuvo por finalidad llevar adelante las excavaciones de zanjas en terreno rocoso para la instalación del sistema de alcantarillado para la localidad de Manzanares, de la Obra: “Instalación del sistema de abastecimiento de agua potable y ampliación del sistema de alcantarillado para la localidad de Manzanares” (en adelante, “**el Contrato**”).

- 2- En dicho acto se dejó constancia de la inasistencia de ambas partes; sin perjuicio de lo cual se procedió a declarar abierto el arbitraje, y se le otorgó a PEZO un plazo de 10 días hábiles para presentar su escrito de demanda desde que se le notifique con el acta de la Audiencia de Instalación.

De la demanda arbitral.-

- 3- Mediante Escrito N° 1 de fecha 29 de marzo de 2011, PEZO presentó su escrito de demanda en la que planteó las siguientes pretensiones:

- a) "Que se declare la aprobación por silencio positivo de la Ampliación de Plazo N° 01, solicitada mediante Carta N° 045-2008-PECSAC-GG de fecha 02.05.08, recibida el 03.05.08, por dieciocho (18), días calendarios, en consecuencia de nos otorgue los dieciocho (18), días calendarios solicitados, al amparo del artículo 259º, del D.S. N° 084-2004-PCM, Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, con el reconocimiento y pago de los mayores gastos generales ascendentes a la suma de s/. xxxxxx (sic), al amparo del artículo 260º, del D.S. N° 084-2004-PCM Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, más los reintegros y más los intereses que se generan hasta la fecha de pago.
- b) Que se declare la aprobación por silencio positivo de la ampliación de plazo N° 02, solicitada con Carta N° 052-PECSAC-GG, de fecha 13.05.08, recibida el mismo día, por nueve días (09), días calendarios, en consecuencia de nos otorgue los nueve (09), días calendarios solicitados, al amparo del artículo 259º, del D.S. N° 084-2004-PCM, Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, con el reconocimiento y pago de los mayores gastos generales ascendentes a la suma de s/. xxxxxx (sic), al amparo del artículo 260º, del D.S. N° 084-2004-PCM, Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, más los reintegros y más los intereses que se generan hasta la fecha de pago.
- c) Que se declare la aprobación por silencio positivo de la ampliación del plazo N° 03, solicitada con Carta N° 066-2008-PECSAC-GG, de fecha 02.06.08, recibida el mismo día, por diecinueve días (19) calendarios solicitados, al amparo del artículo 259º, del D.S. N° 084-2004-PCM, Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, con el reconocimiento y pago de los mayores gastos generales ascendentes a la suma de s/. xxxxxx (sic), al amparo del artículo 260º, del D.S. N° 084-2004-PCM, Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, más los reintegros y más los intereses que se generan hasta la fecha de pago.
- d) Se declare la nulidad y/o ineficacia de la Carta N° 203-2008-EPS EMAPA-GPO, de fecha 23.06.08, en la misma que la entidad contratante nos aplica la penalidad por supuesto atraso de la obra, en consecuencia de declare la

inaplicabilidad de la penalidad porque no hubo retraso alguno en la ejecución de la obra.

- e) *Se declare la nulidad y/o ineficacia de la Resolución de Gerencia General N° 133-2009-EPS EMAPA-H-02-GG, de fecha 30.07.09, recibido el 06.08.09, en la misma que la entidad contratante nos resuelve el contrato, por carecer de asidero legal.*
 - f) *Que se declare la nulidad y/o ineficacia parcial de la Carta Notarial N° 374-2009-EPS-EMAPA-H-02-GG, de fecha 30.12.09, en la misma que la entidad contratante, nos remite la liquidación final de obra, con un saldo a favor del contratista por la suma de S/. 9,043.46 (nueve mil cuarenta y tres y 46/100 nuevos soles).*
 - g) *Como consecuencia de la pretensión anterior se apruebe y se ordene el pago de la liquidación final de contrato practicada por mi representada, resultando un saldo a favor nuestro por el monto ascendente a la suma S/. 68,272.31 (sesenta y ocho mil doscientos setenta y dos y 31/100 nuevos soles), más los intereses que se generan hasta la fecha de pago.*
 - h) *La obligación por parte de la entidad contratante, de dar la suma de dinero (pago), de los costos (honorarios de abogado) y costas (gastos del proceso: honorarios del tribunal arbitral y de la secretaría arbitral) derivados del presente proceso, más los intereses hasta la fecha de pago.*
 - i) *Se reconozca y ordene el pago por los daños y perjuicios que se originan como daño emergente; la demora innecesaria a la solución de las presentes controversias como el perjuicio causado por los gastos de pagos a empresas asesoras para el proceso de conciliación y arbitraje; tal y como lo estipula los artículos 1969º y 1985º del Código Civil.”*
- 4- Al respecto, la Demandante indica como argumentación fáctica y jurídica que el día 28.08.08 remitieron a EMAPA la solicitud de adelanto directo ascendente a la suma de S/. 68,346.61.

- 5- Además, PEZO indica que con carta N° 069-2008-EPS-EMAPA-H-02-GG, la Demandada habría comunicado su negativa al otorgamiento del adelanto directo, iniciándose así los problemas en la ejecución de la Obra.
- 6- Indica, además, que con constancia policial de fecha 03.04.08, se habría dejado constancia de la paralización de la obra por la presencia amenazante de los trabajadores del Sector de Construcción Civil.
- 7- Señalan también que con carta N° 042-2008-PECSAC-GG de fecha 10.04.08, se remitió a EMAPA la valorización N° 1, la misma que ascendería a la suma de S/. 31'638.43.
- 8- PEZO afirma que con carta N° 038-2008-PECSAC-GG de fecha 18.04.10 habrían comunicado a la Demandada que, por motivos de presencia de trabajadores extraños al sindicato de construcción civil, paralizaban la obra a partir del día 01.04.10, por lo que solicitaron una ampliación de plazo abierta.
- 9- Indica, además, que con constancia policial de fecha 29.04.08, la Policía de la Comisaría de Huacho habría prestado resguardo a sus trabajadores en el reinicio de las obras, porque seguirían las constantes amenazas y agresiones al personal.
- 10- Indica PEZO que con carta N° 045-2008-PECSAC-GG de fecha 02.05.08, recibida el 03.05.08, solicitaron a la EMAPA, a través de la Supervisión, la ampliación de plazo N° 1, por 18 días calendario, la misma que habría quedado aprobada por silencio positivo, puesto que la Demandada no habría emitido pronunciamiento dentro del plazo legal.
- 11- PEZO señala que con carta N° 052-2008-PECSAC-GG de fecha 13.05.08 solicitaron a EMAPA, a través del Supervisor, la ampliación de plazo N° 02 por 9 días calendario, por causal de fuerza mayor, la misma que habría quedado aprobada por silencio positivo, puesto que EMAPA no habría emitido pronunciamiento alguno dentro del plazo legal.
- 12- Además, señala que con carta N° 053-2008-PECSAC-GG, remitieron a EMAPA el Cronograma de Entrega por Tramos de la obra.

13- Señalan que el día 31.05.08 se dejó constancia policial de que existió paralización de la obra el 01.05.08 por la presencia de trabajadores de construcción civil.

14- PEZO indica también que con carta N° 066-2008-PECSAC-GG de fecha 2 de junio de 2008, solicitaron a EMAPA, a través del Supervisor, la ampliación de plazo N° 3 por 19 días calendario, siendo que la misma habría quedado aprobada por silencio positivo, puesto que la Demandada no habría emitido pronunciamiento en el plazo legal correspondiente.

15- Más adelante, PEZO señala que mediante carta N° 203-2008-EPS EMAPA-GPO de fecha 23.06.08, la Demandada habría comunicado que el plazo contractual se venció, razón por la cual se empezarían aplicar las penalidades correspondientes.

16- Luego mediante carta N° 205-2008-EPS EMAPA-GPO de fecha 23.06.08, EMAPA habría comunicado que se acumuló el monto máximo de penalidad por mora en la ejecución, y en ese sentido concedía un plazo de 5 días a fin de satisfacer la causal de resolución del contrato. Dicho monto ascendería a S/. 34,173.30

17- PEZO indica que a través de la carta N° 069-2008-PECSAC-GG de fecha 26.06.08 habría comunicado a EMAPA que no sería procedente la aplicación de la penalidad puesto que tendrían dos ampliaciones de plazo ganadas, las mismas que generan mayores gastos generales.

18- Señalan también que mediante carta N° 086-2008-EPS EMAPA-GPO de fecha 02.10.08 comunicaron a EMAPA que ese día dirigentes y pobladores de la Asociación de Vivienda “Somos Huacho”, propietaria del local donde funcionaba su local, habrían impedido el ingreso de sus trabajadores, provocando así la paralización de las actividades.

19- La Demandante señala, además, que mediante carta N° 085-2008-PECSAC-GG de fecha 20.10.08 comunicaron a EMAPA que el 02.10.08 presentaron la Valorización N° 06, y hasta la fecha no se habría realizado el pago.

20- Agregan que mediante Carta N° 087-2008-PECSAC-GG de fecha 03.11.08, reiteraron lo indicado en el párrafo precedente pero que, además, señalaron que procederían a reducir su frente de avance de trabajos.

21- Asimismo, PEZO señala que a través de la Carta N° 042-2009-PECSAC-GG de fecha 20.07.09, remitieron a EMAPA la Valorización N°12, correspondiente al mes de Abril, por un monto de S/.12,388.12.

22- Además indican que con Carta N°041-2009-PECSAC-GG de fecha 31.07.09, comunicaron a la Demandada de la culminación de los trabajos el día 24.07.09 y de la respectiva retirada de la maquinaria empleada.

23- La Demandante señala además que EMAPA, mediante Carta Notarial N° 1214-2009-EPS EMAPA-H-02-GG, de fecha 31.07.09 les remitió la Resolución de Gerencia General N°133-2009-EPS EMAPA-H-02-GG de fecha 30.07.09, resolviendo el Contrato de Obra.

24- Ante esto PEZO envió a EMAPA la Carta N°048-2009-PESCSAC-GG de fecha 13.08.09, en la cual comunicaron que con fecha 03.08.09 les fue remitida la Carta N° 041-2009-PECSAC-GG, en la que se les informaba sobre la culminación de los trabajos materia del contrato el día 24.07.09.

25- A continuación, indican que mediante la Carta N° 241-2009-EPS EMAPA-H-02-GG de fecha 26.08.09, EMAPA informa a PEZO que la resolución del Contrato habría quedado consentida.

26- Además alegan que el 30.11.09 a través de Carta N° 337-2009-EPS EMAPA-GG, EMAPA comunicó a PEZO sobre la necesidad de efectuar la Liquidación de Obra para poder proceder al pago de la Valorización N° 12 y si existiese saldo alguno se tramitaría el pago del mismo.

27- Finalmente, señalan que EMAPA remite a PEZO la Liquidación Final de Obra, mediante Carta Notarial N°374-2009-EPS-EMAPA-H-02-GG de fecha 30.12.09, en la cual se registraría un saldo por el monto de S/.9,043.46 a favor de PEZO.

De la Solicitud de Subsanación de la Demanda.-

28- Mediante Oficio N° 3434-2011-OSCE/DAA de fecha 07.04.11, se le solicitó a PEZO presentar diversos documentos faltantes para la admisión de la demanda arbitral de fecha 29.03.11, dentro el plazo de los 3 días hábiles siguientes a la fecha de notificación.

De la Subsanación de la Demanda presentada por PEZO.-

29- Mediante el Escrito N° 02 de fecha 13.04.11, PEZO presentó los documentos solicitados mediante el Oficio N° 3434-2011-OSCE/DAA para la subsanación de la demanda presentada.

De la Razón de Secretaría Arbitral.-

30- Con fecha 22.06.2011 mediante Razón de Secretaría se deja constancia de que PEZO presentó su demanda el día 29.03.11 y que ésta se remitió al Árbitro Único con fecha 22.06.2011.

De la Admisión de la Demanda presentada por PEZO.-

31- Con fecha 23.06.11 se emitió la Resolución N° 1 mediante la cual se tiene por admitida la demanda en mención, asimismo se ordena que se corra traslado a la Demandada, otorgándole un plazo de 10 días hábiles para cumplir con la contestación correspondiente. Además se tienen como no cumplido el pago de los gastos arbitrales a cargo de PEZO y se le otorga un plazo de cinco días para cumplir con el mismo.

Excepciones y contestación de demanda presentadas por EMAPA.-

32- Con fecha 24.08.11 EMAPA contestó la demanda formulada por PEZO, además presentó las siguientes excepciones en los términos siguientes:

- 33- **Excepción de oscuridad**: EMAPA indica que el modo de proponer la demanda se presta a confusión, ya que no existiría una fijación adecuada de los hechos que justifican la paralización de la obra. Señalan además, que por esta oscuridad no se puede determinar si hubo o no paralización de obra y por lo tanto no se podría determinar el objeto controvertido.
- 34- Sobre la controversia a resolver, EMAPA alega que el Demandante sustenta su demanda en cuestionar las Bases integradas en las que se especifican las controversias que podrían ser sometidas a arbitraje, lo que no tendría vinculación alguna con el petitorio formulado.
- 35- Respecto de la Nulidad de Resolución Gerencia General Nº 133-2009-EPS-EMAPA-H-02-GG y la ineeficacia de la Carta Nº 203-2008-EPS-EMAPA-H-02-GG y Carta Nº 374-2009-EPS-EMAPA-H-02-GG. EMAPA indica que PEZO no habría indicado las causales de nulidad que sustentarían su petitorio. Además también omitirían indicar cuáles fueron los requisitos y formas establecidas que fueron vulnerados por EMAPA en la emisión de dichos actos administrativos.
- 36- En relación a la Aprobación de Ampliación de Plazo por Silencio Administrativo Positivo, EMAPA indica que PEZO no habría desarrollado cuáles son los criterios de calidad establecidos por ley que permitiesen establecer si efectivamente habría un Silencio Administrativo Positivo.
- 37- Finalmente, sobre la indemnización por daños y perjuicios, EMAPA alega que los fundamentos de hecho y de derecho formulados por PEZO para sustentar su petitorio son vagos o imprecisos y por consiguiente esto impediría el ejercicio de una defensa adecuada por parte de EMAPA.
- 38- A continuación indican que los hechos expuestos fundamentarían la excepción planteada con la finalidad de que se suspenda el proceso hasta que se subsanen los defectos señalados y que además justificaría que se declarase la

nulidad de lo actuado y la conclusión del proceso en caso de no ser subsanados dichos defectos.

39- **Excepción de Ambigüedad**: EMAPA señala que la demanda presentada por PEZO resultaría ambigua y se prestaría a confusión ya que habría una evidente contradicción al reclamar el pago por los avances de obra y en la misma demanda fundamentar que no ha existido inicio de obras de excavación.

40- **Excepción de Caducidad**: EMAPA afirma que la demanda de arbitraje habría sido presentada después de vencido el plazo de caducidad que señala el Reglamento de la Ley de Contrataciones en su Artículo 257º y por lo tanto solicitan se declare la nulidad de lo actuado y la conclusión del proceso.

41- Asimismo, EMAPA contesta la demanda señalando, respecto de la pretensión 1, que contrariamente a lo afirmado por PEZO, sí habría existido ejecución de obras pues las anotaciones en el cuaderno de obra son prueba de ello.

42- Además, la Demandada indica que habría sustentado la resolución del Contrato en la indebida paralización de la ejecución de las obras, razón por la que se le habría otorgado el plazo de 15 días para que cumpla con la prestación a su cargo, bajo apercibimiento de resolver el Contrato.

43- Señala que mediante Carta N° 205-2008-EPS EMAPA-GPO recibida el 25 de junio de 2008, EMAPA habría reiterado el incumplimiento de PEZO.

44- Indica que, dado que el incumplimiento persistió, vencido el plazo de 15 días procedió a resolver el Contrato a través de la Resolución de Gerencia General N° 133-2009-EPS EMAPA-H-02-GG.

45- EMAPA afirma que en el día y fecha indicada en la Resolución de Gerencia General N° 133-2009-EPS EMAPA-H-02-GG se efectuó la constatación física e inventario de la Obra, en la que se habría dejado constancia de la devolución a EMAPA del cuaderno de obra presuntamente sustraído por PEZO y de los avances de la obra.

46- Asimismo, señalan que se realizó una constatación notarial en la que se dejaría constancia de que en el lugar de las obras no habrían trabajadores laborando, ni maquinaria, y que habría obras inconclusas, lo cual demostraría que PEZO abandonó injustificadamente la Obra.

47- Afirma que si bien EMAPA resolvió el Contrato en forma posterior a la resolución promovida por PEZO, cierto sería también que existieron causales de resolución del Contrato en las que incurrió la Demandante.

48- Finalmente, indica que no se habría probado ninguno de los elementos de la responsabilidad civil, siendo que por tal razón no correspondería indemnización alguna.

Actuaciones arbitrales.-

49- Mediante Resolución Nº 02 de fecha 01.09.11, se tuvo por no cumplido el pago de los gastos arbitrales a cargo de las partes y se suspendió el arbitraje por 20 días hábiles, bajo apercibimiento de archivar el proceso.

50- Luego, a través de la Resolución Nº 03 de fecha 20.10.11, se dejó constancia de que PEZO cumplió con pagar los correspondientes gastos arbitrales, y se le facultó a pagar los correspondientes a EMAPA, bajo apercibimiento de suspender el proceso arbitral.

51- Mediante Resolución Nº4 de fecha 28.11.11, se dejó constancia que PEZO cumplió con realizar el pago de los gastos administrativos pero no los del Árbitro Único, en tal sentido, se le otorgó un plazo de 5 días para que cumpla con efectuar el referido pago bajo apercibimiento de archivar el arbitraje.

Audiencia de Fijación de Puntos Controvertidos y Conclusión de la Etapa Probatoria.-

52- Mediante Resolución Nº 5 de fecha 20.12.11, además de dejar constancia de que PEZO cumplió con pagar los honorarios arbitrales que correspondían ser pagado por EMAPA, se citó a las partes a la audiencia de fijación de puntos controvertidos para el día 11.01.2012 a las 12:00 horas.

53- El día 11.01.12 se realizó la Audiencia de Fijación de Puntos Controvertidos contando con la asistencia del representante legal de PEZO y dejando constancia de la inasistencia de representantes de EMAPA.

54- En dicha Audiencia, se fijaron como puntos controvertidos los siguientes:

- a) "En relación a la Primera Pretensión Principal: Determinar si corresponde o no declarar la aprobación por silencio positivo de la Ampliación de Plazo N° 1, solicitada con Carta N° 045-2008-PECSAC-GG de fecha 02 de mayo de 2008, recibida el 3 de mayo de 2008 por 18 días calendarios y con el reconocimiento y pago de los mayores gastos generales, mas los reintegros y mas los intereses que se generen hasta la fecha de pago.
- b) En relación a la Segunda Pretensión Principal: Determinar si corresponde o no declarar la aprobación por silencio positivo de la Ampliación de Plazo N° 2, solicitada con Carta N° 052-2008-PECSAC-GG de fecha 13 de mayo de 2008, recibida el mismo día, por 9 días calendarios y con el reconocimiento y pago de los mayores gastos generales, mas los reintegros y mas los intereses que se generen hasta la fecha de pago.
- c) En relación a la Tercera Pretensión Principal: Determinar si corresponde o no declarar la aprobación por silencio positivo de la Aplicación de Plazo N° 3, solicitada con Carta N° 066-2008-PECSAC-GG de fecha 2 de junio de 2008, recibida el mismo día, por 9 días calendarios y con el reconocimiento y pago de los mayores gastos generales, mas los reintegros y mas los intereses que se generen hasta la fecha de pago.
- d) En relación a la Cuarta Pretensión Principal: Determinar si corresponde la nulidad y/o ineficacia de la Carta N° 203-2008-EPS EMAPA-GPO de fecha 23 de junio de 2008.
- e) En relación a la Quinta Pretensión Principal: Determinar si corresponde o no que se declare nulidad y/o ineficacia de la Resolución de Gerencia General N° 133-2009-EPS-EMAPA-H-02-GG de fecha 30 de julio de 2009, recibido el 6 de agosto de 2009.
- f) En relación a la Sexta Pretensión Principal: Determinar si corresponde o no declarar la nulidad y/o ineficacia parcial de la Carta Notarial N° 374-2009-EPS-EMAPA-H-02-GG de fecha 30 de diciembre de 2009, por la

que la ENTIDAD remite la liquidación final de obra con un saldo a favor del demandante por la suma de S/. 9,043.46.

- g) En relación a la Séptima Pretensión Principal: Determinar si como consecuencia de lo resuelto en relación a la Sexta Pretensión Principal corresponde o no que se apruebe y se ordene el pago de la liquidación final del contrato, a favor del demandante, por la suma de S./ 68,272.31, más los intereses que se generen hasta la fecha de pago.*
- h) En relación a la Octava Pretensión Principal: Determinar a quién corresponde el pago de las costas y costos del proceso arbitral.*
- i) En relación a la Novena Pretensión Principal: Determinar si corresponde o no que se reconozca y pague al CONTRATISTA una indemnización por los daños y perjuicios que se le habrían originado como daño emergente. “*

55- En dicha Audiencia, el Arbitro Único dejó constancia que las excepciones formuladas por EMAPA serán resueltas en una resolución posterior.

56- Asimismo, se admitieron los medios probatorios ofrecidos por PEZO, menos el 5.25 (Carta N° 337-2009-EPS EMAPA-GG), pues no fue adjuntado, razón por la cual se le otorgó un plazo de 3 días hábiles para presentarlo, de lo contrario, se declararía como no admitido.

57- En razón de lo anterior y al no haber medios probatorios pendientes de actuación, se declaró la conclusión de la etapa probatoria y se le otorgó a las partes un plazo de cinco días para presentar sus alegatos escritos. Finalmente, se ordenó que se le notifique a la parte no asistente del contenido del acta.

Alegatos.-

58- Con fecha 19/01/12, mediante Escrito N° 4, PEZO solicitó se programe Audiencia de Informes Orales, en la cual presentaría sus alegatos.

59- Mediante el escrito de fecha 24/01/12 EMAPA cumple con presentar sus alegatos expuestos indicando que estaría probado que el día 05.03.08 EMAPA hizo entrega del terreno a PEZO, ante lo cual este último expresaría su

conformidad y declararía en el asiento Nº 2 y siguientes, el cumplimiento de los requisitos para dar inicio a la ejecución de la obra.

60- Asimismo, EMAPA indica que tal y como señala la Carta Nº 203-2008-EPS-EMAPA-GPO, PEZO habría incurrido en causales de resolución numeradas en el artículo 225º del Reglamento de la Ley de Contrataciones, por lo que procedió a dar inicio a la resolución del contrato.

61- Afirma que PEZO habría incurrido en una injustificada paralización de la ejecución de las obras, ante lo cual se le habrían otorgado 15 días para que cumpla con la prestación a su cargo.

62- Indica que mediante Carta Nº 205-2008-EPS-EMAPA-GPO de fecha 23.06.08, EMAPA reiteró el incumplimiento en el que estaría incurriendo PEZO.

63- Afirma además que ante el vencimiento del plazo otorgado a PEZO para el cumplimiento de la prestación a su cargo, procedieron a resolver el contrato.

64- Asimismo, afirman que PEZO habría hecho abandono injustificado de la obra incurriendo así en una causal de resolución de contrato y por lo tanto consideran que dicho acto debería surtir todos los efectos que la ley le otorga.

65- Señala que quien debería probar los daños provocados por el incumplimiento del contrato y los elementos de la responsabilidad civil es PEZO, amparándose en el artículo 1331º del Código Civil.

Audiencia de Informes Orales.-

66- Mediante Resolución Nº 6 de fecha 24.01.12, se tiene por cumplida la presentación de alegatos por ambas partes y se procede a citarlas a la Audiencia de Informes Orales, programada para el 09.02.12 a las 11:00 horas.

67- Con fecha 08.02.12, por medio de la Resolución Nº 7, se reprograma la Audiencia de Informes Orales para el día 16.02.12 a las 11:00 horas.

68- El 16.02.12 se realizó la Audiencia de Informe Oral contando con la presencia de PEZO por medio de su representante, y de la inasistencia de EMAPA.

69- Mediante Resolución Nº 8 de fecha 07.03.12, se fijó como plazo para laudar 20 días hábiles después de notificados con la Resolución, plazo que fue ampliado mediante Resolución N° 9 en 10 días hábiles adicionales.

II. CONSIDERANDOS

70- A continuación el Árbitro Único procederá a resolver cada uno de los puntos controvertidos planteados en la Audiencia de Fijación y Determinación de Puntos Controvertidos. No obstante ello, de forma previa procederá a pronunciarse respecto de las excepciones planteadas por EMAPA en su escrito de fecha 24 de agosto de 2011.

71- Primero que nada, el Árbitro considera oportuno mencionar que las múltiples alusiones a artículos del Código Procesal Civil hechas a lo largo del escrito de excepciones (presentado por EMAPA) resultan, en un arbitraje, impertinentes.

72- Resultan impertinentes en la medida que el mecanismo de solución de controversias denominado “arbitraje” nada tiene que ver con los procesos judiciales regidos por el Código Procesal Civil. En tal sentido, cualquier referencia que se haga en este arbitraje a instituciones del derecho procesal civil, serán únicamente a título de ilustración o exemplificación, y así serán analizadas por el Árbitro Único.

73- Tal como se puede apreciar de su escrito de presentado el 24 de agosto de 2011, EMAPA plantea tres excepciones: (i) una de oscuridad; (ii) otra de ambigüedad y (iii) una tercera de caducidad.

74- Al respecto, antes de analizar cada una de ellas, el Árbitro Único considera pertinente definir lo que doctrinariamente se entiende por “excepción”. De acuerdo a BACRE¹:

¹ BACRE, Aldo. *Teoría General del Proceso*. Buenos Aires: Abaledo-Perrot S.A. e I. P. 342.

“[...] Por excepción se entiende la defensa dirigida a paralizar el ejercicio de la acción o a destruir su eficacia jurídica, fundada en una omisión procesal o en una norma sustancial [...]”. (Subrayado y resaltado son nuestros.)

75- Así, la finalidad que persigue el planteamiento de una excepción es hacer valer el derecho de contradicción del Demandado, lo cual sólo es posible si puede defenderse en igualdad de condiciones. MONROY GÁLVEZ², refiriéndose a las excepciones, señala que:

“[...] este derecho de contradicción es idéntico al derecho de acción, queremos decir que participa de sus mismas características [...]” (Subrayado y resaltado son nuestros.)

76- Por tanto, **debe quedar claro que las excepciones, por naturaleza, están pensadas en permitir que el demandado ejerza debidamente su derecho de defensa a lo largo del proceso**, en este caso, en el arbitraje.

77- Ahora bien, respecto de la **excepción de oscuridad**, EMAPA afirma, en términos generales, que el modo en el que se encuentran presentados y narrados los hechos que fundamentan las pretensiones, generarían confusión y oscuridad en el arbitraje, de acuerdo a lo narrado en los numerales 33 al 38 de este laudo.

78- No obstante ello, de acuerdo al criterio del Árbitro Único, las consideraciones que la Demandada considera como ambiguas, si bien en algunos casos podrían serlo, no impidieron que haga efectivo su derecho de defensa, tanto así que en el mismo escrito que planteó sus excepciones, EMAPA contestó la demanda.

² MONROY GALVEZ, Juan. 2004. La Formación del Proceso Civil Peruano (Escritos Reunidos). 2da Ed. Lima: Palestra Editores, P. 359.

79- Asimismo, el Árbitro Único considera que el modo en el que se ha planteado la demanda no genera indefensión en el Demandado, toda vez que los elementos que hoy EMAPA califica como “confusos” serán analizados por el Árbitro Único a lo largo de laudo, siendo que si encontrara alguna contradicción evidente en la información presentada por la Demandante, entonces se hará notar tal hecho; y en su caso, no servirá dicho dato como prueba para declarar fundada o infundada una pretensión.

80- Es decir, de haber elementos contradictorios entre sí planteados por PEZO en su escrito de demanda, estos elementos serán de plano descartados para la toma de decisión respecto de la procedencia de las pretensiones.

81- Asimismo, el Árbitro Único deja constancia que EMAPA siempre ha tenido la posibilidad de hacer valer en reiteradas oportunidades su derecho a la defensa. No obstante ello, pese a haber tenido siempre los canales abiertos para hacer efectivo dicho derecho, la Demandada a lo largo del arbitraje ha demostrado una conducta pasiva, siendo que no ha asistido a la Audiencia de Instalación, ni a la de Fijación de Puntos Controvertidos, ni a la de Alegatos, pese a que en todos los casos fue debidamente citada. En consecuencia, cualquier intento vinculado a querer afirmar que EMAPA no ha podido ejercer su derecho de defensa adecuadamente es incorrecto, pues es el propio comportamiento de la Demandada (y no del órgano arbitral) la que demuestra pasividad.

82- Por tanto, al no haberse acreditado en qué medida la demanda presentada por PEZO podría generar indefensión en EMAPA, entonces corresponde declarar **INFUNDADA** esta excepción.

83- Respecto de la **excepción de ambigüedad**, la Demandada indica que existe una evidente contradicción pues por un lado PEZO señalaría que no se iniciaron obras de excavación, pero por otro lado estaría reclamando diversos pagos por los trabajos ejecutados.

84- Al respecto, el Árbitro Único se reafirma en los argumentos planteados para contestar la excepción de oscuridad, y reitera dicha información en lo absoluto genera indefensión en EMAPA, y por tanto, declara **INFUNDADA** esta excepción.

85- Finalmente, la Demandada plantea una **excepción de caducidad** al señalar que PEZO solicita como pretensión principal, literal G) de su demanda, que se declare que EMAPA cancele a favor de la Demandante la Liquidación Final, teniendo un monto por cobrar de S/. 68,272.31.

86- En tal sentido, EMAPA indica que de acuerdo al artículo 257º del Reglamento de la Ley de Contrataciones, sólo sería posible iniciar un procedimiento de conciliación o arbitraje dentro de los 15 días hábiles después de ocurrida la controversia si la valorización de la parte en discusión representa un monto superior al 5% del Contrato actualizado.

87- Por ello, la Demandada afirma que, como la valorización de la liquidación de la parte en discusión representa un monto superior al 5%, resultaría de aplicación el artículo 257º antes mencionado.

88- Así pues, señala que en aplicación de dicho artículo, existiría un plazo de caducidad de 15 días hábiles para someter esta controversia a arbitraje, plazo que en este caso se habría superado en exceso pues este empezó a computarse el 3 de marzo de 2008 (con la Carta N° 069-2008-EPS-EMAPA-H-02-GG), siendo que la demanda recién se interpuso el 29 de marzo de 2011.

89- Al respecto, el Árbitro Único considera esencial, primero, delimitar el objeto de la excepción de caducidad planteada por EMAPA. Así pues, de la lectura del escrito de la Demandada en la que ésta propone la excepción en mención, se puede concluir válidamente que **la caducidad invocada se refiere únicamente a la pretensión referida a que se ordene el pago de la liquidación final** del Contrato practicada por PEZO, resultando un saldo a su favor de S/. 68,272.31.

90- Por tanto, **la caducidad planteada por EMAPA se refiere exclusivamente a la liquidación del Contrato**. En esa medida, corresponde verificar si se habrían cumplido los requisitos establecidos en la norma para determinar la caducidad en el caso específico de la liquidación del Contrato.

91- EMAPA indica que habrían transcurrido los 15 días hábiles que señala el artículo 257³ del Reglamento de Contrataciones sin que PEZO haya sometido la controversia a arbitraje. Sin embargo, de la lectura que se hace de ese artículo, se puede observar que el mismo se encuentra referido a discrepancias respecto de **valorizaciones o metrados**, pero no respecto de la liquidación.

92- En tal sentido, el Árbitro Único considera que EMAPA no ha invocado el artículo correcto para alegar la caducidad, pues **tratándose de la liquidación de obra**, existe un artículo del Reglamento de Contrataciones que, por especialidad, resultaría de aplicación directa al supuesto de hecho al que se refiere la Demandada.

93- Así, tenemos que el artículo 269⁴ del Reglamento de Contrataciones señala expresamente que en caso surgieran observaciones vinculadas con la liquidación, dentro de los 15 días hábiles siguientes, cualquiera de las partes deberá solicitar el sometimiento de esta controversia a arbitraje.

94- Entonces, el segundo aspecto que debe analizarse es si ¿EMAPA ha acreditado que PEZO no sometió la controversia a arbitraje en el plazo de 15 días hábiles que señala la norma? La respuesta a esta pregunta es NO.

95- Primero, porque EMAPA señala – erróneamente- que el cómputo del plazo para que se verifique la caducidad empieza el 3 de marzo de 2008, con la

³ Artículo 257º del Reglamento de Contrataciones: “**Si surgieran discrepancias respecto de la formulación, aprobación o valorización de los metrados entre el contratista y el inspector o supervisor o la Entidad, según sea el caso, se resolverán en la liquidación del contrato, sin perjuicio del cobro de la parte no controvertida. Sólo será posible iniciar un procedimiento de conciliación o arbitraje dentro de los quince (15) días hábiles después de ocurrida la controversia si la valorización de la parte en discusión representa un monto superior al cinco por cien (5%) del contrato actualizado. La iniciación de este procedimiento no implica la suspensión del contrato ni el incumplimiento de las obligaciones de las partes.**” (El subrayado y resaltado son nuestros.)

⁴ Artículo 269º del Reglamento de Contrataciones: - Liquidación del Contrato de Obra “[...] **En el caso de que una de las partes no acoja las observaciones formuladas por la otra, aquélla deberá manifestarlo por escrito dentro del plazo previsto en el párrafo anterior. En tal supuesto, dentro de los quince (15) días hábiles siguientes, cualquiera de las partes deberá solicitar el sometimiento de esta controversia a conciliación y/o arbitraje [...]”** (El subrayado y resaltado son nuestros.)

emisión de la Carta N° 069-2008-EPS-EMAPA-H-02-GG. No obstante ello, de la lectura que el Árbitro Único hace de esa carta, ésta no tiene vinculación directa alguna con la liquidación del Contrato.

96- Muy por el contrario, la mencionada Carta está vinculada a una comunicación de EMAPA por medio de la cual ésta le comunica a PEZO la imposibilidad de atender la solicitud de adelanto directo. A tenor, este documento señala:

[...] En respuesta a su carta de la referencia, lamentamos comunicarle la imposibilidad de atender la solicitud del adelanto directo [...].” (El subrayado y resaltado son nuestros.)

97- Por tanto, el inicio del cómputo del plazo no puede empezar desde tal fecha, sino que su cómputo debería iniciarse, tal como señala el artículo 269⁵ del Reglamento de Contrataciones, a partir del momento en el que PEZO no acogió alguna de las observaciones de EMAPA, en el marco del procedimiento de liquidación establecido en tal artículo.

98- No obstante ello, de la lectura de los argumentos planteados tanto por EMAPA cuanto por PEZO y de los medios probatorios ofrecidos por ellas, no es posible conocer con certeza cuáles fueron las vicisitudes del procedimiento de liquidación y por tanto, tampoco es posible determinar si PEZO sometió o no a arbitraje la controversia en los plazos establecidos en el artículo 269 del Reglamento de Contrataciones.

99- Siendo así las cosas, en vista de que EMAPA: (i) no ha invocado adecuadamente el artículo en virtud del cual aplicaría la caducidad, (ii) ha determinado como fecha de inicio del cómputo del plazo una errónea, y (iii) no ha acreditado fehaciente e irrefutablemente que PEZO no haya sometido a arbitraje la liquidación en los plazos que establece la norma, entonces, el Árbitro Único considera que corresponde declarar **INFUNDADA** esta excepción.

⁵ Artículo 269º: “[...] En el caso que una de las partes no acoga las observaciones formuladas por la otra, aquélla deberá manifestarlo por escrito dentro del plazo previsto en el párrafo anterior. En tal supuesto, dentro de los quince (15) días hábiles siguientes, cualquiera de las partes deberá solicitar el sometimiento de esta controversia a conciliación y/o arbitraje [...].”

100- Habiéndose declarado infundadas las excepciones planteadas por EMAPA, a continuación se procederá a desarrollar cada uno de los puntos controvertidos, en los términos siguientes, en cada uno de los cuales el Árbitro Único desarrollará su posición.

“En relación a la Primera Pretensión Principal: Determinar si corresponde o no declarar la aprobación por silencio positivo de la Ampliación de Plazo N° 1, solicitada con Carta N° 045-2008-PECSAC-GG de fecha 02 de mayo de 2008, recibida el 3 de mayo de 2008 por 18 días calendarios y con el reconocimiento y pago de los mayores gastos generales, más los reintegros y más los intereses que se generen hasta la fecha de pago.”

101- **Posición de PEZO:** La Demandante indica que habría transcurrido el plazo que señala la norma para que EMAPA se pronuncie sobre la Ampliación de Plazo N° 1, razón por la cual debería aplicarse silencio positivo y declararse aprobada la misma.

102- **Posición de EMAPA:** El Demandado indica que PEZO no habría desarrollado cuáles son los criterios de calidad establecidos por ley que permitiesen establecer si efectivamente habría un Silencio Administrativo Positivo

103- **Posición del Árbitro Único:** A continuación el Árbitro Único procederá a desarrollar todos los criterios jurídicos y fácticos que servirán de sustento para desarrollar este primer punto controvertido.

Marco contractual aplicable.-

104- De forma a previa a iniciar el análisis sobre si corresponde o no declarar aprobada la ampliación de plazo en esta pretensión por silencio positivo, es necesario indicar cuál es el marco legal aplicable al presente contrato.

105- Así, tenemos que el Contrato suscrito entre PEZO y EMAPA indica en su Cláusula Décima Quinta “Reglamentación” lo siguiente:

“Para todo lo relacionado con la ejecución de la obra que no esté expresamente contemplado en el presente contrato, regirán las

disposiciones de las bases, el Texto Único Ordenado de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, aprobado por Decreto Supremo N° 083-2004-PCM y su Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 084-2004-PCM.” (El subrayado y resaltado son nuestros.)

- 106- En consecuencia, con la finalidad de analizar las particularidades, plazos y vicisitudes de la ampliación de plazo solicitada en esta pretensión, es necesario remitirnos directamente a aquellas disposiciones que se encuentran establecidas en el Decreto Supremo N° 083-2004-PCM (en adelante, “Ley de Contrataciones”) y en el Decreto Supremo N° 084-2004-PCM (en adelante, “Reglamento de Contrataciones”).

Sobre las ampliaciones de plazo y el silencio positivo.-

- 107- En la contratación de obra pública, las ampliaciones de plazo son un derecho de todo contratista, consistente en otorgarle a su favor un plazo adicional para que ejecute los trabajos comprendidos dentro del objeto de la Obra, pues se reconoce que han sucedido hechos que han afectado la ruta crítica, ocasionándole atrasos y/o paralizaciones.
- 108- No obstante ser las ampliaciones de plazo un derecho de todo contratista, para que procedan las mismas existen diversas disposiciones que se encuentran establecidas en el Contrato y en la Ley y Reglamento de Contrataciones que deben cumplirse.
- 109- Así, primero tenemos que la Cláusula Cuarta “Plazo” del Contrato establece:

“De conformidad con lo señalado en las Bases del proceso de selección, y a lo ofertado por EL CONTRATISTA, la Obra deberá ejecutarse en el plazo de cuarenta y cinco (45) días calendario. Este plazo no podrá ser prorrogado salvo por las condiciones establecidas en el Artículo 206 y 258 del reglamento y que se traten de atrasos y/o paralizaciones ajenas a EL CONTRATISTA y por caso fortuito o fuerza mayor debidamente comprobados que modifiquen el Calendario Valorizado de Avance de Obra. [...]” (El subrayado y resaltado son nuestros.)

110- Por su parte, el artículo 258º del Reglamento de Contrataciones señala expresamente las causales por las cuales procede una ampliación de plazo, a saber:

"De conformidad con el Artículo 42 de la Ley, el contratista podrá solicitar la ampliación de plazo pactado por las siguientes causales, siempre que modifiquen el calendario de avance de obra vigente: 1) Atrasos y/o paralizaciones por causas no atribuibles al contratista; 2) Atrasos en el cumplimiento de sus prestaciones por causas atribuibles a la Entidad; 3) Caso fortuito o fuerza mayor debidamente comprobados." (El subrayado y resaltado son nuestros.)

111- A su turno, el artículo 259º del Reglamento de Contrataciones establece expresamente cuál es el procedimiento para la aprobación/rechazo de una ampliación de plazo. En concreto, en lo concerniente a esta pretensión, es preciso hacer referencia a aquella parte del procedimiento de aprobación/rechazo de la ampliación de plazo vinculada a las consecuencias que se generan producto de la no respuesta de la Entidad:

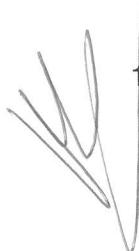
"Para que proceda una ampliación de plazo de conformidad con lo establecido en el Artículo precedente, durante la ocurrencia de la causal, el contratista, por intermedio de su residente, deberá anotar en el Cuaderno de Obra las circunstancias que a su criterio ameriten ampliación de plazo. Dentro de los quince (15) días siguientes de concluido el hecho invocado, el contratista o su representante legal solicitará, cuantificará y sustentará su solicitud de ampliación de plazo ante el inspector o supervisor, según corresponda, siempre que la demora haya afectado el calendario de avance vigente. En caso que el hecho invocado pudiera superar el plazo vigente de ejecución contractual, la solicitud se efectuará antes del vencimiento del mismo.

Dentro de los siete (7) días siguientes, el inspector o supervisor emitirá un informe expresando opinión sobre la solicitud de ampliación de plazo y lo remitirá a la Entidad. La Entidad emitirá resolución sobre dicha ampliación en un plazo máximo de diez (10)

días, contados desde el día siguiente de la recepción del indicado informe. De no emitirse pronunciamiento alguno dentro de los plazos señalados, se considerará ampliado el plazo, bajo responsabilidad de la Entidad [...]." (El subrayado y resaltado son nuestros.)

112- Tal como se puede apreciar, la norma es clara al señalar los siguientes aspectos:

- a) Una vez concluido el hecho que genera la ampliación de plazo, el contratista debe sustentar y cuantificar la ampliación de plazo ante el supervisor.
- b) Luego de ello y en un plazo que no debe exceder los 7 días desde que recibe la solicitud de ampliación de plazo, el supervisor debe emitir un informe indicando si la ampliación de plazo procede o no.
- c) Una vez que recibe dicho informe y en un plazo que no debe superar los 10 días desde tal fecha, la Entidad deberá emitir la correspondiente resolución aprobando o rechazando la ampliación de plazo.
- d) **Si es que no emite el correspondiente pronunciamiento en los plazos antes indicados, el Contratista tendrá por ampliado el plazo.**



113- Así las cosas, de una simple lectura del Reglamento de la Ley de Contrataciones se puede ver que la referida norma recoge lo que jurídicamente se denomina "silencio positivo", que es aquella figura del derecho que indica que, frente al silencio e/o inacción de una entidad (en este caso, estatal), se puede entender por aceptada la solicitud de determinada persona.

114- En otras palabras, la disposición contenida en el artículo 259º del Reglamento de Contrataciones recoge la figura jurídica del "silencio positivo" pues establece que si no se emite la correspondiente resolución aprobatoria o denegatoria de la solicitud en los plazos correspondientes, se tendrá por ampliado el plazo.

115- En tal sentido, a continuación el Árbitro Único procederá a verificar si en el caso de la ampliación de plazo solicitada en esta pretensión se cumplen

aquellos supuestos que activan el silencio positivo, y si en consecuencia, debe declararse aprobada la ampliación de plazo

Sobre la tramitación de la Ampliación de Plazo N° 1 y el silencio positivo.-

116- En el caso de esta pretensión, tenemos que PEZO ha acreditado que mediante Carta N° 045-2008-PECSAC-GG de fecha 3 de mayo de 2008 remitió al Supervisor el sustento de su solicitud de Ampliación de Plazo N° 1 para que lo evalúe, emita el Informe, lo remita a EMAPA, y ésta se pronuncie aceptándola o rechazándola.

117- Por tanto, al Árbitro Único se le ha generado convicción razonable respecto de que PEZO cumplió con presentar al Supervisor el sustento de la Ampliación de Plazo N° 1.

118- Ahora bien, el siguiente par de preguntas que es preciso responder con la finalidad de verificar si se ha activado el supuesto de silencio positivo son: ¿el Supervisor emitió el correspondiente Informe? y ¿la Entidad emitió resolución vinculada con la Ampliación de Plazo N° 1?

119- De la lectura de los medios probatorios ofrecidos por PEZO, la respuesta a la pregunta de si el Supervisor emitió el Informe correspondiente vinculado a la Ampliación de Plazo N° 1 es afirmativa.

120- Así, la principal razón para afirmar ello es que el Informe N° 0259-2008-EPS-EMAPA-H-GPO-LSCL de fecha 11 de junio de 2008, documento elaborado por un órgano de la propia EMAPA, indica que mediante Carta N° 15-2008-CORPEI/JS la Supervisión les remitió el Informe de la solicitud de Ampliación de Plazo N° 1, en el que la declaraba justificada. A tenor aquel Informe señala:

Mediante Carta N° 15-2008-CORPEI/JS, la Supervisión a cargo del Ing. Francisco Luis Choque Huaman remite el Expediente de Ampliación de Plazo N° 01 de la Obra en referencia, en la cual declara como justificada, y desalazar la fecha de término de obra al 02 de mayo del 2008, lo cual fue aprobado por la entidad mediante resolución.

121- Como consecuencia, siendo que uno de los órganos de la propia EMAPA ha afirmado que sí se emitió el correspondiente Informe vinculado con la Ampliación de Plazo N° 1, entonces corresponde señalar que al Árbitro Único se le ha generado suficiente convicción de que el Supervisor sí emitió el referido Informe.

122- Ahora bien, la segunda pregunta que se tiene que responder está vinculada a si EMAPA respondió a la solicitud de Ampliación de Plazo N° 1 presentada por PEZO y al Informe emitido por el Supervisor.

123- De los documentos aportados por las partes en el arbitraje, se aprecia que no existe tal resolución de EMAPA aprobando o rechazando la referida solicitud de Ampliación de Plazo N° 1. Es más, es preciso mencionar que la Demandada no ha negado que no emitió decisión alguna vinculada con la ampliación de plazo que se reclama en esta pretensión, limitándose a afirmar únicamente que PEZO no habría cumplido con acreditar los requisitos de calidad que establece el Reglamento de Contrataciones para que se declare aprobada la ampliación de plazo.

124- Por tanto, el Árbitro Único considera que al no existir en el expediente arbitral documento que acredite razonable y fehacientemente que EMAPA emitió la correspondiente resolución aprobando o desestimando la Ampliación de Plazo N° 1, entonces corresponde declarar **FUNDADO** el extremo de la pretensión vinculado a declarar aprobado por silencio positivo la referida ampliación.

Sobre los gastos generales solicitados.-

125- En su escrito de demanda, PEZO solicita el reconocimiento de la suma de "S/. XXXXX" por concepto de gastos generales al aprobarse la Ampliación de Plazo N° 1.

126- Como se sabe, la aprobación de una ampliación de plazo lleva aparejada a ésta el reconocimiento de los correspondientes gastos generales.

127- No obstante ello, ni de la lectura de su escrito de demanda, ni del Acta de Fijación de Puntos Controvertidos, ni de la solicitud de Ampliación de Plazo N° 1 se colige un monto determinado solicitado por PEZO como concepto de gastos generales, por lo que en estricto no existe un monto solicitado por este concepto.

128- Por tanto, siendo que el Árbitro Único puede únicamente decidir sobre aspectos determinados sobre los que se le haya requerido, corresponde declarar **IMPROCEDENTE** este extremo de la pretensión.

“En relación a la Segunda Pretensión Principal: Determinar si corresponde o no declarar la aprobación por silencio positivo de la Ampliación de Plazo N° 2, solicitada con Carta N° 052-2008-PECSAC-GG de fecha 13 de mayo de 2008, recibida el mismo día, por 9 días calendarios y con el reconocimiento y pago de los mayores gastos generales, más los reintegros y más los intereses que se generen hasta la fecha de pago.”

129- **Posición de PEZO:** La Demandante indica que habría transcurrido el plazo que señala la norma para que EMAPA se pronuncie sobre la Ampliación de Plazo N° 2, razón por la cual debería aplicarse silencio positivo y declararse aprobada la misma.

130- **Posición de EMAPA:** El Demandado indica que PEZO no habría desarrollado cuáles son los criterios de calidad establecidos por ley que permitiesen establecer si efectivamente habría un Silencio Administrativo Positivo.

131- **Posición del Árbitro Único:** A continuación el Árbitro Único procederá a desarrollar todos los criterios jurídicos y fácticos que servirán de sustento para desarrollar este segundo punto controvertido.

132- En este punto, las consideraciones generales establecidas para analizar la Ampliación de Plazo N° 1 también son aplicables a esta pretensión. Por tanto, son también aplicables los numerales del 104 al 115 explicados previamente.

Sobre la tramitación de la Ampliación de Plazo N° 2 y el silencio positivo.-

133- En el caso de esta pretensión, tenemos que PEZO ha acreditado que mediante Carta N° 052-2008-PECSAC-GG de fecha 13 de mayo de 2008 remitió al Supervisor el sustento de su solicitud de Ampliación de Plazo N° 2 para que lo evalúe, emita el Informe, lo remita a EMAPA, y ésta se pronuncie aceptándola o rechazándola.

134- Por tanto, al Árbitro Único se le ha generado convicción razonable respecto de que PEZO cumplió con presentar al Supervisor el sustento de la Ampliación de Plazo N° 2.

135- Ahora bien, el siguiente par de preguntas que es preciso responder con la finalidad de verificar si se ha activado el supuesto de silencio positivo son: ¿el Supervisor emitió el correspondiente Informe? y ¿la Entidad emitió resolución vinculada con la Ampliación de Plazo N° 2?

136- De la lectura de los medios probatorios ofrecidos por PEZO, la respuesta a la pregunta de si el Supervisor emitió el Informe correspondiente vinculado a la Ampliación de Plazo N° 2 es afirmativa.

137- Así, la principal razón para afirmar ello es que el Informe N° 0259-2008-EPS-EMAPA-H-GPO-LSCL de fecha 11 de junio de 2008, documento elaborado por un órgano de la propia EMAPA, indica que mediante Carta N° 22-2008-CORPEI/JS la Supervisión les remitió el Informe de la solicitud de Ampliación de Plazo N° 2, en el que la declaraba justificada. A tenor aquel Informe señala:

Mediante Carta N° 22-2008-CORPEI/JS, la Supervisión a cargo del Ing. Francisco Luis Choque Huaman remite el Expediente de Ampliación de Plazo N° 02 de la Obra en referencia, en la cual declara como justificada [redacted] desplaza la fecha de término de obra al 16 de mayo del 2008, lo cual fue aprobado por la entidad. *[Firma]*

138- Como consecuencia, siendo que uno de los órganos de la propia EMAPA ha afirmado que sí se emitió el correspondiente Informe vinculado con la Ampliación de Plazo N° 2, entonces corresponde señalar que al Árbitro Único se le ha generado suficiente convicción de que el Supervisor sí emitió el referido Informe.

139- Ahora bien, la segunda pregunta que se tiene que responder está vinculada a si EMAPA respondió a la solicitud de Ampliación de Plazo N° 2 presentada por PEZO y al Informe emitido por el Supervisor.

140- De los documentos aportados por las partes en el arbitraje, se aprecia que no existe tal resolución de EMAPA aprobando o rechazando la referida solicitud de Ampliación de Plazo N° 2. Es más, es preciso mencionar que la Demandada no ha negado que no emitió decisión alguna vinculada con la ampliación de plazo que se reclama en esta pretensión, limitándose a afirmar únicamente que PEZO no habría cumplido con acreditar los requisitos de calidad que establece el Reglamento de Contrataciones para que se declare aprobada la ampliación de plazo.

141- Por tanto, el Árbitro Único considera que al no existir en el expediente arbitral documento que acredite razonable y fehacientemente que EMAPA emitió la correspondiente resolución aprobando o desestimando la Ampliación de Plazo N° 2, entonces corresponde declarar **FUNDADO** el extremo de la pretensión vinculado a declarar aprobado por silencio positivo la referida ampliación.

Sobre los gastos generales solicitados.-

142- En su escrito de demanda, PEZO solicita el reconocimiento de la suma de "S/. XXXXX" por concepto de gastos generales al aprobarse la Ampliación de Plazo N° 2.

143- Como se sabe, la aprobación de una ampliación de plazo lleva aparejada a ésta el reconocimiento de los correspondientes gastos generales.

144- No obstante ello, ni de la lectura de su escrito de demanda, ni del Acta de Fijación de Puntos Controvertidos, ni de la solicitud de Ampliación de Plazo N° 2 se colige un monto determinado solicitado por PEZO como concepto de gastos generales, por lo que en estricto no existe un monto solicitado por tal concepto.

145- Por tanto, siendo que el Árbitro Único puede únicamente decidir sobre aspectos determinados sobre los que se le haya requerido, corresponde declarar **IMPROCEDENTE** este extremo de la pretensión.

"En relación a la Tercera Pretensión Principal: Determinar si corresponde o no declarar la aprobación por silencio positivo de la Aplicación de Plazo N° 3, solicitada con Carta N° 066-2008-PECSAC-GG de fecha 2 de junio de 2008, recibida el mismo día, por 9 días calendarios y con el reconocimiento y pago de los mayores gastos generales, más los reintegros y más los intereses que se generen hasta la fecha de pago."

146- **Posición de PEZO:** La Demandante indica que habría transcurrido el plazo que señala la norma para que EMAPA se pronuncie sobre la Ampliación de Plazo N° 3, razón por la cual debería aplicarse silencio positivo y declararse aprobada la misma.

147- **Posición de EMAPA:** El Demandado indica que PEZO no habría desarrollado cuáles son los criterios de calidad establecidos por ley que permitiesen establecer si efectivamente habría un Silencio Administrativo Positivo.

148- **Posición del Árbitro Único:** A continuación el Árbitro Único procederá a desarrollar todos los criterios jurídicos y fácticos que servirán de sustento para desarrollar este tercer punto controvertido.

149- En este punto, las consideraciones generales establecidas para analizar la Ampliación de Plazo N° 1 y 2 también son aplicables a esta pretensión. Por tanto, son también aplicables los numerales del 104 al 115 explicados previamente.

Sobre la tramitación de la Ampliación de Plazo N° 3 y el silencio positivo.-

- 150- En el caso de esta pretensión, a diferencia de las otras dos, el Árbitro Único considera que PEZO no ha acreditado que efectivamente haya iniciado correctamente el procedimiento de aprobación de ampliación de plazo.
- 151- Así, tenemos que PEZO ha aportado una Carta N° 066-2008-PECSAC-GG de fecha 2 de junio de 2008 en la que supuestamente remitió al Supervisor el sustento de su solicitud de Ampliación de Plazo N° 3 para que lo evalúe, emita el Informe, lo remita a EMAPA, y ésta se pronuncie aceptándola o rechazándola.
- 152- Sin embargo, de la lectura de la mencionada carta, el Árbitro Único aprecia que dicho documento no tiene sello o constancia de recepción por parte del Supervisor. Por tanto, dicho documento no tiene la suficiente eficacia probatoria para demostrar que, en efecto, PEZO presentó la solicitud de Ampliación de Plazo N° 3.
- 153- En tal medida, siendo que no ha quedado demostrado que PEZO presentó el sustento de su Ampliación de Plazo N° 3 al Supervisor, corresponde al Árbitro declarar **INFUNDADA** esta pretensión.

“En relación a la Cuarta Pretensión Principal: Determinar si corresponde la nulidad y/o ineficacia de la Carta N° 203-2008-EPS EMAPA-GPO de fecha 23 de junio de 2008.”

- 154- **Posición de PEZO:** La Demandante indica que no ha habido atraso alguno que justifique la imposición de penalidades por mora en la ejecución de la prestación.
- 155- **Posición de EMAPA:** El Demandado indica que PEZO no habría acreditado cuáles son las causales de nulidad de la decisión por medio de la cual se imponen las penalidades.

156- **Posición del Árbitro Único:** A continuación el Árbitro Único procederá a desarrollar todos los criterios jurídicos y fácticos que servirán de sustento para desarrollar este cuarto punto controvertido.

157- Como se sabe, mediante Carta N° 203-2008-EPS EMAPA-GPO de fecha 23 de junio de 2008, la Demandada indicó que aplicaría la penalidad de mora en la ejecución de la prestación, hasta por un monto equivalente al 10% del monto del Contrato, lo cual se deduciría en el pago final de la Obra.

158- Por tanto, lo que corresponde en esta pretensión es determinar si, en efecto, hubo retrasos que justifiquen la imposición de penalidades. Ahora bien, si bien el Árbitro Único realizará dicho análisis con el afán de no generar indefensión en la parte que planteó esta pretensión, sí debemos dejar constancia que declarar inválida y/o ineficaz una “carta” es jurídicamente imposible. Con lo que, para todos los efectos, lo que en esta pretensión se analizará será la decisión por medio de la cual se impone penalidades en la mora en la ejecución de las prestaciones.

Sobre la aplicación de penalidades por mora en la ejecución de las prestaciones.-

159- Tal como ya se ha mencionado de forma previa, el marco legal aplicable a este Contrato es la Ley y el Reglamento de Contrataciones. Así, el Reglamento de Contrataciones establece, en su artículo 222º, la consecuencia que se genera producto del retraso injustificado:

“En caso de retraso injustificado en la ejecución de las prestaciones objeto del contrato, la Entidad le aplicará al contratista una penalidad por cada día de atraso, hasta por un monto máximo equivalente al diez por cien (10%) del monto contractual o, de ser el caso, del ítem, tramo, etapa o lote que debió ejecutarse o de la prestación parcial en el caso de ejecución periódica. Esta penalidad será deducida de los pagos a cuenta, del pago final o en la liquidación final; o si fuese necesario se cobrará del monto resultante de la ejecución de las garantías de fiel cumplimiento o adicional por el monto diferencial de la propuesta [...].”

Tanto el monto como el plazo se refieren, según corresponda, al contrato, ítem, tramo, etapa o lote que debió ejecutarse o de la prestación parcial en el caso de contratos de ejecución periódica.

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

En el caso de ejecución de obras el monto está referido al monto del contrato vigente.” (El Subrayado y resaltado son nuestros.)

- 160- Tal como se puede apreciar, la consecuencia del retraso injustificado en el cumplimiento de las prestaciones es la imposición de penalidades, siendo que si las mismas superan el 10%, se le habilita a EMAPA a resolver el Contrato.
- 161- En este caso corresponde analizar si en efecto hubo retraso, y si este fue o no justificado.

Sobre el retraso injustificado.-

- 162- Para analizar si hubo atraso, corresponde analizar los principales plazos de inicio, las modificaciones al mismo, y la fecha de terminación de los trabajos.
- 163- Así, primero tenemos que la fecha de inicio de los trabajos fue el día 6 de marzo de 2008. En tal sentido, considerando que el plazo contractual de ejecución de los trabajos fue de 45 días calendario, el plazo original para culminarlos finalizó el 19 de abril de 2008.
- 164- No obstante ello, tal como ya lo hemos señalado en los considerandos precedentes, dos de las tres ampliaciones de plazo han sido declaradas aprobadas. La Ampliación de Plazo N° 1 aprobada por 18 días calendario y la Ampliación de Plazo N° 2 aprobada por 9 días calendario.
- 165- Considerando estas ampliaciones de plazo, tenemos que el plazo de culminación de los trabajos se traslada del día 19 de abril de 2008 hasta el día 16 de mayo de ese año.

166- Entonces, la pregunta que corresponde hacernos es: ¿al 16 de mayo de 2008 se había terminado la Obra? La respuesta a esta pregunta es NO.

167- Al Árbitro se le ha generado una convicción razonable de que al 16 de mayo de 2008 los trabajos no habían finalizado por dos razones. Primero, porque de la propia lectura de los hechos en el escrito de demanda presentada por PEZO se desprende que la ejecución de los trabajos comenzó en marzo de 2008 y finalizó en julio de 2009.

168- Segundo, porque mediante Carta N° 041-2009-PECSAC-GG de fecha 3 de agosto de 2009, es la propia Demandante la que afirma que culminó los trabajos el día 24 de julio de 2009. Así, PEZO expresamente indicó:

Es grato dirigirnos a Usted para hacerle llegar nuestros cordiales saludos, a la vez que tenemos a bien informarles que el día 24 de Julio del 2009 hemos culminado nuestros trabajos correspondientes a la ejecución de la obra: Excavación en Terreno Rocoso para la Instalación del Sistema de Abastecimiento de Agua Potable y Alcantarillado de la Localidad de Manzanares - Huacho. Motivo por el cual hemos procedido ha retirar nuestras maquinarias, equipos y personal de la zona de trabajo.

169- Por tanto, al Árbitro Único se le ha generado convicción respecto de que sí hubo mora en la ejecución de las prestaciones, en concreto, en la realización de las excavaciones.

170- Ahora bien, ¿ese retraso fue justificado? La respuesta a esta pregunta es NO. Para el Árbitro Único, una de las formas por medio de las cuales es posible acreditar que el retraso fue justificado es tener como soporte una ampliación de plazo aprobada.

171- En otras palabras, el retraso es justificado desde el 19 de abril de 2008 hasta el día 16 de mayo de 2008 (fecha de culminación de los trabajos con la aprobación de la Ampliación de Plazo N° 1 y 2). A partir de esa fecha, en la

medida que no existen ampliaciones de plazo aprobadas hasta la fecha de culminación, el retraso se torna en injustificado.

172- Ahora bien, otra de las formas de probar que el retraso es justificado sería acreditando debidamente en el arbitraje las causas que lo generaron. Sin embargo, de la revisión de los medios probatorios ofrecidos por PEZO no se puede concluir que el retraso fue justificado.

173- Por tanto, al tratarse de un retraso injustificado, sí corresponde que EMAPA aplique las correspondientes penalidades desde el 16 de mayo de 2008 (con la aprobación de la segunda ampliación de plazo), hasta las que correspondan por el número de días de retraso, de acuerdo al límite establecido en el artículo 222º del Reglamento de Contrataciones. En tal sentido, el Árbitro Único declara **INFUNDADA** esta pretensión.

“En relación a la Quinta Pretensión Principal: Determinar si corresponde o no que se declare nulidad y/o ineficacia de la Resolución de Gerencia General N° 133-2009-EPS-EMAPA-H-02-GG de fecha 30 de julio de 2009, recibido el 6 de agosto de 2009.”

174- **Posición de PEZO:** La Demandante indica que no ha habido causal que justifique la resolución del Contrato.

175- **Posición de EMAPA:** El Demandado indica que PEZO no habría acreditado cuáles son las causales de nulidad de la Resolución de Gerencia General N° 133-2009-EPS-EMAPA-H-02-GG.

176- **Posición del Árbitro Único:** A continuación el Árbitro Único procederá a desarrollar todos los criterios jurídicos y fácticos que servirán de sustento para desarrollar este quinto punto controvertido.

Sobre el procedimiento de resolución contractual.-

177- Tal como ha sido narrado por las partes de este arbitraje, el Contrato fue resuelto por EMAPA mediante Resolución de Gerencia General N° 133-

2009-EPS EMAPA-H-02-GG de fecha 30 de julio de 2009, enviada a PEZO a través de la Carta Notarial N° 214-2009-EPS EMAPA-H-02-GG el día 6 de agosto de 2009.

178- Ya hemos señalado previamente que el marco legal aplicable al Contrato es la Ley y el Reglamento de Contrataciones. Así, en el Reglamento de Contrataciones se establecen tanto las causales para resolver el Contrato (aspectos de fondo), así como el procedimiento para efectuarlo (aspectos de forma).

Sobre las causales de resolución.-

179- Respecto de las causales, ellas se encuentran establecidas en el artículo 225º del Reglamento de Contrataciones, el cual indica:

"La Entidad podrá resolver el contrato, de conformidad con el inciso c) del Artículo 41 de la Ley, en los casos en que el contratista: 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 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.*** El contratista podrá solicitar la resolución del contrato, de conformidad con el inciso c) del Artículo 41 de la Ley, 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 226." (El subrayado y resaltado son nuestros.)

180- Tal como se puede apreciar, una de las causales que justifica la resolución del Contrato, es la acumulación del monto máximo de la penalidad por mora en la ejecución de la prestación a su cargo.

181- En este caso, mediante la Resolución de Gerencia General N° 133-2009-EPS EMAPA-H-02-GG de fecha 30 de julio de 2009 se dispuso:

[...] Resolver el contrato [...] por incurrir en la causal prevista en el numeral 2 del artículo 225º del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado [...]". (El subrayado y resaltado son nuestros)

182- Como se aprecia, en este caso EMAPA resuelve el Contrato precisamente alegando esta causal, al haber PEZO acumulado el monto máximo de penalidades por mora en la ejecución.

183- En tal sentido, ¿está probado que en efecto haya superado el monto máximo de penalidades por mora en la ejecución? La respuesta es Sí.

184- Así, mediante Carta N° 203-2008-EPS EMAPA-GPO de fecha 23 de junio de 2008, EMAPA indicó que aplicará la penalidad por el monto máximo equivalente al 10% del monto contractual. Así, en la referida Carta señaló:

[...] Por medio de la presente, es grato dirigirme a ustedes para manifestarle que habiéndose vencido el plazo contractual el 16 de mayo de 2008, y de acuerdo al artículo 222º del Reglamento de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, se aplicará la penalidad por mora en la ejecución, hasta por un monto máximo equivalente al 10% del monto contractual, el cual asciende a la suma de S/. 34,173.30 [...]" (El subrayado y resaltado son nuestros.)

185- Tal como se aprecia, mediante la referida carta EMAPA aplicó el monto máximo de penalidad el día 23 de junio de 2008 porque los días de retraso así lo justificaban.

186- Ahora bien, además de lo señalado por EMAPA, de la verificación de la fórmula contenida en el artículo 222º del Reglamento de Contrataciones, se ha comprobado que en efecto al 23 de junio de 2008, los días de retraso justificaban la aplicación del tope de penalidades.

187- En tal sentido, al 23 de junio de 2008, ya existía causal válida para resolver el Contrato. No obstante ello, la pregunta es: ¿se siguió el procedimiento que establece la norma para tales efectos?

Sobre el procedimiento de resolución contractual.-

188- Primero tenemos que el artículo 226° del Reglamento de Contrataciones señala la forma en la que se debe resolver el 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.

Dependiendo del monto contractual y de la complejidad, envergadura o sofisticación de la adquisición o contratación, la Entidad puede establecer plazos mayores, pero en ningún caso mayor a quince (15) días, plazo este último que se otorgará necesariamente en el caso de obras. Si vencido dicho plazo el incumplimiento continúa, la parte perjudicada resolverá el contrato en forma total o parcial, mediante carta notarial.

La resolución parcial sólo involucrará a aquella parte del contrato afectada por el incumplimiento y siempre que dicha parte sea separable e independiente del resto de las obligaciones contractuales, y que la resolución total del contrato pudiera afectar los intereses de la Entidad. En tal sentido, el requerimiento que se efectúe deberá precisar con claridad qué parte del contrato quedaría resuelta si persistiera el incumplimiento.

De no hacerse tal precisión, se entenderá que la resolución será total en caso de persistir el incumplimiento." (El subrayado y resaltado son nuestros.)

189- Tal como se aprecia, de acuerdo a lo dispuesto en el Reglamento de Contrataciones, en el caso de ejecución de obras, la entidad debe otorgar un plazo de 15 días con la finalidad de que el contratista cumpla con subsanar su incumplimiento.

190- En este caso, el procedimiento de resolución contractual se inició cuando EMAPA remitió a PEZO la Carta Notarial N° 205-2008-EPS EMAPA-H-

02-GG el día 25 de junio de 2008, documento en el que le otorgó un plazo de 5 días a fin de que satisfaga la causal de resolución del Contrato, en vista de que ya había superado el monto máximo de penalidades impuestos por mora en la ejecución. Así, en la mencionada Carta EMAPA indicó:

[...] Tengo el agrado de dirigirme a Ud. en relación al contrato [...], y habiendo su representada acumulado el monto máximo de penalidad impuesta debido a su incumplimiento, conforme al Art. 226 del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado – D.S. 084-2004-PCM del 29 de noviembre de 2004, le concedemos el plazo de cinco (05) días, a fin de que satisfaga la causal de resolución del contrato en que ha incurrido con nuestra empresa, establecida en el inciso 2) Art. 225 del referido dispositivo [...].” (El subrayado y resaltado son nuestros.)

191- No obstante lo anterior, de la lectura que se hace de la norma, esta señala que en el caso de obras, se le debe otorgar al contratista un plazo de 15 días necesariamente para que subsane su incumplimiento, siendo que en este caso EMAPA le otorgó únicamente 5 días.

192- Por tanto, el Árbitro ha verificado que si bien existió causa válida para resolver el Contrato, EMAPA no cumplió con seguir el procedimiento que la norma prescribe. Sin perjuicio de lo anterior, y en la medida que la Demandada ha alegado que la resolución habría quedado consentida, el Árbitro considera necesario hacer un análisis en particular de este pedido.

193- Así las cosas, el Árbitro ha observado, de acuerdo a los hechos del caso y a los medios probatorios que obran en el expediente, que esta resolución ha quedado consentida. Así, de acuerdo al artículo 227º del Reglamento de Contrataciones, vencido el plazo para que se someta la resolución del Contrato a conciliación y/o arbitraje, se entenderá que la resolución ha quedado consentida:

[...] 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 ese plazo sin que se haya iniciado ninguno de estos procedimientos, se entenderá que la resolución del contrato ha quedado consentida." (El subrayado y resaltado son nuestros.)

- 194- En este caso, de los hechos se desprende que PEZO no inició el mecanismo de solución de controversias en el plazo que establece la norma, con lo que se entiende, de acuerdo a lo dispuesto en el Reglamento de Contrataciones, que la resolución quedó consentida, tal como lo afirma EMAPA en su Carta Notarial N° 241-2009-EPS EMAPA-H-02-GG de fecha 27 de agosto de 2009.
- 195- Ahora bien, el Árbitro debe precisar que la disposición contenida en el artículo 227º del Reglamento de Contrataciones no es un supuesto de caducidad, sino de consentimiento. Así, mientras que la caducidad frustra el derecho del Demandante de obtener una resolución de fondo fundada en derecho, el consentimiento genera la ausencia de controversia pues significa la renuncia (tácita) a cuestionar una decisión, en este caso, la decisión por medio de la cual se resuelve el Contrato.
- 196- En ese sentido, dado que nos encontramos frente a (i) una resolución válida, pero defectuosa, y (ii) y además, frente a una resolución que ha quedado consentida por el propio comportamiento de la Demandante, entonces el Árbitro no puede amparar el pedido de PEZO.
- 197- En tal sentido, el Árbitro Único considera que se debe declarar **INFUNDADA** esta pretensión.

"En relación a la Sexta Pretensión Principal: Determinar si corresponde o no declarar la nulidad y/o ineficacia parcial de la Carta Notarial N° 374-2009-EPS-EMAPA-H-02-GG de fecha 30 de diciembre de 2009, por la que la ENTIDAD remite la liquidación final de obra con un saldo a favor del demandante por la suma de S/. 9,043.46."

- 198- **Posición de PEZO:** La Demandante indica que la liquidación realizada por EMAPA no recoge las cifras financieras reales del avance de los trabajos.
- 199- **Posición de EMAPA:** El Demandado indica que PEZO no habría acreditado cuáles son las causales de nulidad de la referida Carta y/o liquidación.
- 200- **Posición del Árbitro Único:** A continuación el Árbitro Único procederá a desarrollar todos los criterios jurídicos y fácticos que servirán de sustento para desarrollar este sexto punto controvertido.
- 201- Tal como se sabe, mediante Carta Notarial Nº 374-2009-EPS-EMAPA-H-02-GG de fecha 30 de diciembre de 2009, EMAPA remitió a PEZO la liquidación de la Obra.
- 202- Por tanto, lo que corresponde en esta pretensión es determinar si corresponde declarar parcialmente inválida y/o ineficaz la Carta Notarial Nº 374-2009-EPS-EMAPA-H-02-GG de fecha 30 de diciembre de 2009. Ahora bien, si bien el Árbitro Único realizará dicho análisis con el afán de no generar indefensión en la parte que planteó esta pretensión, si debemos dejar constancia que declarar inválida y/o ineficaz una “carta” es jurídicamente imposible. Con lo que, para todos los efectos, lo que en esta pretensión se analizará será la decisión por medio de la cual EMAPA aprobó la liquidación.
- 203- Al respecto, es necesario mencionar que PEZO no ha aportado elementos de prueba suficientes que permitan concluir que la liquidación practicada por ella es la correcta.
- 204- Es más, de los documentos y medios probatorios que obran en el expediente no se aprecia que se haya aportado la liquidación realizada por la Demandante, con lo que no se le hace posible al Árbitro contrastar una con otra liquidación.
- 205- Es más, aún en el supuesto de que se hubiese aportado la referida liquidación, comprobar la validez de una liquidación de un contrato de obra

requiere asistencia e/o informes técnicos que le permitan al Árbitro Único generársele convicción sobre cuál ha sido correctamente elaborada.

- 206- Por tanto, al no existir elementos de juicio suficiente para poder declarar la invalidez de la liquidación practicada por EMAPA, corresponde que el Árbitro Único declare **INFUNDADA** esta pretensión.

“En relación a la Séptima Pretensión Principal: Determinar si como consecuencia de lo resuelto en relación a la Sexta Pretensión Principal corresponde o no que se apruebe y se ordene el pago de la liquidación final del contrato, a favor del demandante, por la suma de S./ 68,272.31, más los intereses que se generen hasta la fecha de pago.”

- 207- **Posición de PEZO:** La Demandante indica que la liquidación realizada por EMAPA no recoge las cifras financieras reales del avance de los trabajos, y que en consecuencia, la practicada por PEZO es la correcta.

- 208- **Posición de EMAPA:** El Demandado indica que PEZO no habría acreditado cuáles son las causales de nulidad de la Carta por medio de la cual se aprueba la liquidación y que, por tanto, la suya es la válida.

- 209- **Posición del Árbitro Único:** A continuación el Árbitro Único procederá a desarrollar todos los criterios jurídicos y fácticos que servirán de sustento para desarrollar este séptimo punto controvertido.

- 210- En vista de que la Sexta Pretensión Principal fue declarada **INFUNDADA** debido a falta de material probatorio, por las mismas razones expuestas el Árbitro Único considera que esta pretensión también debe ser declarada **INFUNDADA**.

“En relación a la Octava Pretensión Principal: Determinar a quién corresponde el pago de las costas y costos del proceso arbitral.”

- 211- **Posición de PEZO:** La Demandante no indica aspecto alguno respecto de esta pretensión.

212- **Posición de EMAPA:** El Demandado no indica aspecto alguno respecto de esta pretensión.

213- **Posición del Árbitro Único:** A continuación el Árbitro Único procederá a desarrollar todos los criterios jurídicos y fácticos que servirán de sustento para desarrollar este octavo punto controvertido.

214- La Cláusula Décimo Novena del Contrato, la cual incorpora el convenio arbitral, no incluye forma alguna de distribución de los gastos arbitrales.

215- Por su parte, el numeral 4 del Acta de Instalación del presente proceso arbitral indica que será de aplicación, en lo que corresponda, el Decreto Legislativo N° 1017, que regula el arbitraje.

216- Así, en el numeral 1 del artículo 73º de este último cuerpo normativo se señala lo siguiente:

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

217- Como consecuencia, en el presente caso, el Árbitro Único considera que ambas partes han actuado basadas en la convicción de que sus posiciones respecto de las materias en controversia tienen cierto grado de fundamento fáctico y jurídico.

218- Por tanto, ambas partes deben asumir en partes iguales los gastos arbitrales.

219- No obstante lo anterior, en la medida que PEZO asumió los honorarios y gastos arbitrales que le correspondían pagar a EMAPA, el Árbitro Único **ORDENA** que la Demandada devuelva en su integridad a PEZO aquellos montos pagados por éste pero que correspondían ser asumidos por EMAPA.

220- Finalmente, el Árbitro Único **INSTRUYE** a la Secretaría Arbitral a efectos de que coordine con EMAPA la devolución de los referidos montos a PEZO.

“En relación a la Novena Pretensión Principal: Determinar si corresponde o no que se reconozca y pague al CONTRATISTA una indemnización por los daños y perjuicios que se le habrían originado como daño emergente.”

221- **Posición de PEZO:** La Demandante indica que el actuar intransigente de EMAPA le habría generado diversos daños que le son directamente atribuibles, razón por la cual le correspondería una indemnización.

222- **Posición de EMAPA:** El Demandado indica que corresponde a PEZO acreditar la existencia del daño, y que éste no lo ha probado.

223- **Posición del Árbitro Único:** A continuación el Árbitro Único procederá a desarrollar todos los criterios jurídicos y fácticos que servirán de sustento para desarrollar este octavo punto controvertido.

224- En la responsabilidad civil contractual, el daño se genera por el incumplimiento de una obligación previamente pactada entre las partes; esto es, se trata de un deber jurídico específico.

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

226- La indemnización comprende las consecuencias que deriven de la acción u omisión generadora del daño, incluyendo el lucro cesante, el daño a la persona y el daño moral, debiendo existir una relación de causalidad adecuada entre el hecho y el daño producido. El daño emergente es conocido como *damnum emergens*, que corresponde al empobrecimiento del patrimonio entendido como pérdida o detrimento patrimonial efectivamente sufridos.

227- A lo largo de este proceso PEZO no ha aportado material probatorio alguno que permita generarle certeza al Árbitro respecto de la existencia del daño y de la cuantía del mismo.

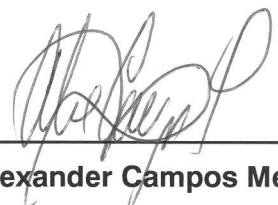
228- En este sentido, el Árbitro Único considera que debe declararse **INFUNDADA** la solicitud de indemnización demandada por PEZO.

III. DECISIÓN

229- Estando a los considerandos previamente expuestos, el Árbitro Único ha decidido:

- Respecto de las **excepciones** planteadas por EMAPA:
 - a) Declarar **INFUNDADA** la excepción de oscuridad.
 - b) Declarar **INFUNDADA** la excepción de ambigüedad.
 - c) Declarar **INFUNDADA** la excepción de caducidad.

- Respecto de las pretensiones planteadas por PEZO:
 - a) Declarar **FUNDADA EN PARTE** la Primera Pretensión Principal.
 - b) Declarar **FUNDADA EN PARTE** la Segunda Pretensión Principal.
 - c) Declarar **INFUNDADA** la Tercera Pretensión Principal.
 - d) Declarar **INFUNDADA** la Cuarta Pretensión Principal.
 - e) Declarar **INFUNDADA** la Quinta Pretensión Principal.
 - f) Declarar **INFUNDADA** la Sexta Pretensión Principal.
 - g) Declarar **INFUNDADA** la Séptima Pretensión Principal
 - h) En relación a la Octava Pretensión Principal, **ORDENAR** que cada parte asuma los gastos arbitrales en proporciones iguales, y que EMAPA le devuelva a PEZO el monto pagado por los gastos arbitrales que el primero no asumió. Asimismo, **INSTRUYE** a la Secretaría Arbitral a efectos de que coordine con EMAPA la devolución de tales montos a PEZO.
 - i) Declarar **INFUNDADA** la Novena Pretensión Principal.



Alexander Campos Medina

Árbitro Único



FABIOLA PAULET MONTAGUDO

Directora de Arbitraje Administrativo

Dirección de Arbitraje Administrativo OSCE