

**CASO ARBITRAL: SERVICIOS Y MANTENIMIENTOS GENERALES S.A.
(SERMAGE) – MINISTERIO DE VIVIENDA, CONSTRUCCION Y SANEAMIENTO**

LAUDO ARBITRAL

DEMANDANTE: Servicios y Mantenimiento Generales S.A.-SERMAGE (en adelante, el Demandante o el Contratista)

DEMANDADO: Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento (en adelante, el Demandado, el Ministerio o la Entidad)

ARBITRO UNICO: Dr. Patrick Hurtado Tueros

SECRETARIA ARBITRAL: Carla De Los Santos López

Resolución N° 26

En Lima, a los 14 días del mes de mayo del año dos mil trece, el Arbitro 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, contestación de la demanda, reconvención y contestación de reconvención, dicta el siguiente laudo para poner fin a la controversia planteada:

I. EXISTENCIA DEL CONVENIO ARBITRAL E INSTALACIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL.

- **El Convenio Arbitral.**

Está contenido en la Cláusula Undécima del "Contrato de Servicio de Limpieza para las Oficinas Periféricas del Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento – Adjudicación Directa Selectiva N° 011-2011-VIVIENDA-O GA-UE.001" (en adelante, el Contrato) suscrito el 8 de abril de 2011.

- **Instalación del Árbitro Único.**

El 26 de marzo de 2012, se llevó a cabo la Audiencia de Instalación del Árbitro Único. En esta Audiencia se dictaron las reglas que regirían el desarrollo del presente arbitraje.

II. NORMATIVIDAD APLICABLE AL ARBITRAJE

Conforme a lo establecido en el acta de instalación, son de aplicación al presente arbitraje, las reglas establecidas en el Acta de Instalación, en su defecto, lo dispuesto por la Ley, su Reglamento aprobado mediante Decreto Supremo N° 184-2008-EF (en adelante el Reglamento) y el Decreto Legislativo N° 1071 (en adelante, la Ley), que norma el arbitraje.

III. DEMANDA

El Demandante, mediante escrito de fecha 12 de abril de 2012, presentó su demanda arbitral y formuló las siguientes pretensiones:

Pretensiones:

- Se declare que la resolución del Contrato N° 011-2011-VIVIENDA-O-GA-UE.001 "Contrato de servicio de limpieza para las oficinas periféricas del Ministerio de Vivienda Construcción y Saneamiento" suscrito entre la Entidad y el Demandante con fecha 08 de abril de 2011 derivado de la Adjudicación Directa Selectiva N° 001-2011-VIVIENDA-O-GA-UE.001 - Primera Convocatoria, planteada mediante Carta Notarial de fecha 27 de diciembre de 2011, recibida por el Ministerio a las 09:33 horas del 28 de diciembre de 2011, ha quedado consentida al haber vencido el plazo que fijan las normas



de Contrataciones del Estado sin que el Ministerio haya iniciado ninguno de los procedimientos establecidos en dichas normas.

- Se declare que la resolución del Contrato Nº 011-2011-VIVIENDA-OGA-UE.001 planteada por el Ministerio mediante Carta Notarial Nº 414-2011-VIVIENDA-OGA de fecha 29 de diciembre de 2011 recibida el mismo día a 14:35 horas, es extemporánea e ineficaz al haber quedado consentida la resolución contractual efectuada por el Contratista.
- Se ordene que el Ministerio devuelva la Carta Fianza Nº 0011-0384-98-00155041 extendida por el Banco Continental a favor del Ministerio, ascendente a la suma de S/.19,184.96, la cual se entregó en garantía del cumplimiento de las obligaciones correspondientes al Contrato Nº 011-2011-VIVIENDA-OGA-UE.001 "Contrato de servicio de limpieza para las oficinas periféricas del Ministerio de Vivienda Construcción y Saneamiento" suscrito el 8 de abril de 2011.
- Se ordene al Ministerio abone al Contratista el monto correspondiente a los servicios de limpieza prestados y no pagados de los periodos correspondientes al 1/10/11 al 31/10/11; 1/11/11 al 30/11/11 y 1/12/11 al 31/12/11, cuyo monto asciende a S/. 51,806.13, más los intereses que se devenguen hasta la fecha de su cancelación.
- Se declare que el Ministerio ha ocasionado daños y perjuicios derivados del lucro cesante y gastos contractuales ascendente a S/. 16,601.37, despido intempestivo ascendente a S/. 27,236.25 y daños al prestigio e imagen del Demandante ascendente a S/. 50,000.00, más los respectivos intereses, lo cual asciende a la suma de total de S/. 93,837.62; y, consecuentemente, se ordene que dicha entidad cumpla con pagar este monto por los fundamentos que se plantean en la demanda.
- Se ordene al Ministerio pague los costas y gastos del proceso correspondientes a los honorarios del Árbitro Único y Secretaria Arbitral y los honorarios del letrado que patrocina al Demandante en el proceso arbitral ascendente a la suma de S/.50,248.75.

Fundamentos de hecho:

Resolución contractual y Devolución de importe de Fianza

Sobre la resolución contractual, el Demandante señaló que la Cláusula Décimo Primera del Contrato precisa que para la resolución de éste se aplicará lo normado en los artículos 40º y 44º de la Ley de Contrataciones del Estado y los artículos 167º y 168º de su Reglamento.

Indica que los artículos de la Ley y Reglamento mencionados anteriormente referidos establecen que 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 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, comunicando mediante carta notarial la decisión de resolver el contrato. También indica que, por efecto de la resolución, si la parte perjudicada es la Entidad, ésta ejecutará las garantías que el contratista hubiera otorgado, sin perjuicio de la indemnización por los mayores daños y perjuicios irrogados y de ser la parte perjudicada el contratista, la Entidad deberá reconocerle la respectiva indemnización por los daños y perjuicios irrogados.

Asimismo, indica el Contratista que la Cláusula Cuarta del Contrato precisa que: "VIVIENDA se obliga a pagar la contraprestación a EL CONTRATISTA en nuevos soles, luego de la recepción formal y completa de la documentación correspondiente, según lo establecido en el artículo 181º del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado y las bases integradas. Para tal efecto, el responsable de dar la conformidad de la prestación deberá hacerlo en un plazo que no excederá de los diez (10) días de ser estos recibidos".

El Demandante manifiesta que el artículo 181º del Reglamento es concordante con la Cláusula Cuarta del Contrato antes indicada ya que a la letra dice: "La Entidad deberá pagar las contraprestaciones pactadas a favor del contratista en la oportunidad establecida en las Bases o en el contrato. Para tal efecto, el responsable de dar la conformidad de recepción de los bienes o servicios, deberá hacerlo en un plazo que no excederá de los diez (10) días calendario de ser éstos recibidos."

Señala el Demandante que tanto el Contrato como el Reglamento señalan en forma taxativa e imperativa que el responsable de dar la conformidad de la prestación deberá hacerlo en un plazo que no excederá de los diez (10) días de ser éstos recibidos. Más aún, sobre la Conformidad del Servicio, la Dirección Técnica Normativa del OSCE emite la Opinión Nº 049-2011/DTN, adjuntada como Anexo 1K, lo cual señala que el plazo máximo que tiene la Entidad para emitir la conformidad en la recepción de los bienes y servicios sea de diez (10) días calendario, luego de ser recibidos y que, a efectos de dar la conformidad de la recepción de los bienes y servicios, la Entidad no podría excederse del plazo señalado en la normativa sobre contratación pública y/o realizarlo de manera extemporánea.

El Contratista indica que, mediante Carta Notarial de fecha 22 de diciembre de 2011, adjunta como anexo 1LK, requirió al Ministerio para que en un plazo no mayor a 1 día subsanara el incumplimiento en que estaba incurriendo, referido a la entrega de la conformidad del servicio del mes de noviembre, bajo apercibimiento de resolver el Contrato. Tal como lo menciona la citada Carta Notarial, previamente, mediante Carta Nº 783-2011-SERMAGE del 13/12/2011, solicitaron al Ministerio la entrega de la Conformidad del Servicio correspondiente al mes de noviembre nombrando a uno de sus empleados para recogerla, la misma que no le fue entregada. Es así que mediante Carta Notarial recibida el 28 de diciembre de 2,011, el Contratista resolvió el Contrato puesto que el Ministerio no subsanó lo requerido.

Sobre los efectos de la resolución contractual, el artículo 170º del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado señala que el plazo para que el Ministerio pueda presentar su solicitud de arbitraje venció el 19 de Enero del 2012 (15 días hábiles siguientes de comunicada la resolución); por lo tanto, la resolución contractual efectuada por ellos, planteada con la Carta Notarial recibida el 28/12/2011 habría quedado consentida.

Respecto a la resolución del Contrato efectuada por el Ministerio, el Demandante señala que la Entidad mediante Carta Notarial Nº 382-2011-VIVIENDA-OGA de fecha 20 de diciembre de 2011, requirió al Contratista: "...que cumpla con acreditar el pago de las obligaciones laborales y tributarias correspondientes a los meses de setiembre de 2011, octubre de 2011, noviembre de 2011 y gratificaciones correspondientes al mes de diciembre del año 2011 para con los trabajadores a su cargo que prestan servicios en el Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento, en el plazo de dos (2) días computados a partir del día siguiente de recibida la presente bajo apercibimiento de resolver el Contrato Nº 011-2011-VIVIENDA-OGA-UE.001 por Incumplimiento".

Luego, indica el Demandante que el Ministerio, mediante Carta Notarial Nº 414-2011-VIVIENDA-OGA de fecha 29 de diciembre de 2011, resolvió el Contrato al no haber recibido la documentación requerida en su Carta Notarial Nº 382-2011-VIVIENDA-OGA de fecha 20 de diciembre de 2011.

Sobre el particular, el Contratista señala que la resolución contractual efectuada por ellos habría quedado consentida, en ese sentido, la resolución de contrato efectuada por el Ministerio sería extemporánea e ineficaz; no obstante ello, señala el Contratista que los fundamentos utilizados por el Ministerio para disolver la relación contractual resultan ilegales.

En primer lugar, indica el Contratista que el numeral 3 de la Carta Notarial Nº 382-2011-VIVIENDA-OGA de fecha 20 de diciembre de 2011 la Entidad señala que "...la Cláusula Cuarta del Contrato Nº 011-2011-VIVIENDA- OGA-UE.001 señalan que para proceder con el pago deberán presentar, entre otros, los siguientes documentos (i) Copia de la boleta de pago que acredite el pago de las remuneraciones y de todo los derechos previsionales y laborales . (ii) Copia de planilla de pago de aportes previsionales, (iii) Copia de comprobante de pago PDT SUNAT, (iv) Copia de PDT 0601 Planilla Electrónica debidamente pagada y (v)Copia de PDT 0601 Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo"; cuando en realidad la Cláusula Cuarta del Contrato a la letra señala que: "De acuerdo con el artículo 176º del Reglamento, para efectos del pago de las contraprestaciones ejecutadas por el contratista, la Entidad deberá contar con la siguiente documentación:

- a) Recepción y conformidad de los encargados de cada local, aprobada por el Área de Servicios Generales de la Unidad de Abastecimiento de la Oficina General de Administración del Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento.
- b) Factura correspondiente al mes en que se prestó el servicio.

- c) Copia de la Boleta de Pago que acredite el pago de las remuneraciones y de todos los derechos previsionales y laborales correspondientes a todos los trabajadores destacados al MVCS.
 - d) Copia de Planilla de pago de Aportes Previsionales.
 - e) Copia de Comprobante de Pago PDT SUNAT.
 - f) Copia de PDT 0601 Planilla Electrónica debidamente pagado. En dicho documento deberá apreciarse claramente que los beneficiados con el pago es el personal destacado al MVCS.
 - g) Copia de PDT 0610 Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo. En dicho documento deberá apreciarse claramente que los beneficiados con el pago es el personal destacado al MVCS.
 - h) Pago del CTS, cuando corresponda.
- Los literales del c) al h), están referidos al mes inmediatamente anterior al de la prestación.

El Demandante indica que la Entidad no habría incluido toda la cláusula dentro de su comunicación notarial.

Respecto al requerimiento efectuado por el Ministerio, referido a la presentación de la documentación de los meses de setiembre de 2011, octubre de 2011, noviembre de 2011 y gratificaciones de diciembre de 2011 correspondientes al mes de diciembre del año, señala el Demandante que contractualmente no tenían obligación alguna de presentar la documentación del mes de diciembre, pues ésta se presentaba con la conformidad y la factura de enero, tampoco tenían la obligación de presentar la del mes de noviembre, pues ésta se presentaba con la conformidad y la factura de diciembre, y la del mes de octubre no podían presentarla mientras que no tuvieran la conformidad del mes de noviembre, lo cual ellos requirieron mediante Carta Notarial de fecha 22 de diciembre de 2011 ; siendo requerida previamente mediante la Carta Nº 783-2011-SERMAGE del 13/12/2011 mencionada en la Carta Notarial del 22/12/2011.

Sobre la documentación del mes de setiembre, señala el Contratista que, mediante Carta Nº 703-2011-SERMAGE/CONTABILIDAD del 17 de Octubre de 2011, adjunta como Anexo 1N, remitieron la copia de las boletas de pago que acreditaban el pago de las remuneraciones; la copia de planilla de pago de aportes previsionales, la copia de los comprobantes de pago PDT SUNAT, la copia de PDT 0601 Planilla Electrónica debidamente pagada y la copia de PDT 0601 Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo, conjuntamente con la factura de setiembre, cuando lo obligatorio para dicha factura era la documentación correspondiente al mes de agosto.

Asimismo, indica el Demandante que del propio texto de la Carta Notarial Nº 382-2011-VIVIENDA-OGA de fecha 20 de diciembre de 2011 en sus numerales 4, 5 y 7, se aprecia que la Entidad debía verificar el cumplimiento ó solicitar la inspección de la autoridad Administrativa de Trabajo, si luego de ello, existía algún tipo de incumplimiento podrían resolver el Contrato; sin embargo, como claramente se aprecia en las citadas transcripciones, la Entidad de manera taxativa e imperativa estaba obligada a verificar el cumplimiento o solicitar la inspección de la Autoridad Administrativa de Trabajo para tal verificación, lo cual no hizo, ya que simplemente se llevó del decir de trabajadores pero en ningún



momento precisó que verificó la existencia de algún incumplimiento y menos solicitó la inspección respectiva a la Autoridad Administrativa de Trabajo, lo cual sí era motivo de disolución del Contrato; más no es causal de resolución la falta de entrega de una documentación que no estaban contractualmente obligados a entregar en dicha fecha.

Respecto a la devolución del importe de la carta fianza, la Demandante indica que al declararse fundadas las primeras pretensiones, debe ordenarse como consecuencia de ello, que el Ministerio devuelva la garantía de fiel cumplimiento de contrato.

Servicios impagos, intereses, daños y perjuicios y costas y costos

La demandante señala que el artículo 170º del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado señala como efectos de la resolución del contrato, que corresponde una indemnización por los daños y perjuicios irrogados si es que la parte perjudica es el contratista.

En el presente caso, señala el Contratista, que tuvo que resolver el Contrato por el incumplimiento de parte del Ministerio de obligaciones esenciales, estando la causal de resolución invocada, contemplada dentro del Contrato y la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento. Así las cosas, queda acreditado el incumplimiento del Ministerio y con ello la antijuricidad de su conducta respecto de las obligaciones contractuales del servicio de limpieza prestado.

Respecto al nexo causal, el Demandante indica que analizará si existe un nexo causal entre la conducta ilícita y el desmedro patrimonial ocasionado por las situaciones que a continuación detallan:

Respecto a los servicios impagos ascendentes a la suma de S/. 51,806.13, el Demandante indica que conforme la Cláusula Cuarta del Contrato el pago se debe realizar en forma mensual. Asimismo, indica que el servicio se prestó hasta el 31 de diciembre de 2011, habiendo cancelado el Ministerio los servicios hasta el 30/09/2011, por lo que adeudan el período 01/10/2011 al 31/10/2011 que representan S/. 17,268.71 derivado de los S/. 15,897.47 contractuales más el incremento de remuneraciones por S/. 1,371.24; período 01/11/2011 al 30/11/2011 por S/. 17,268.71, producto de los S/. 15,897.47 contractuales más el incremento de remuneraciones por S/. 1,371.24 y el comprendido entre el 01/12/2011 al 31/12/2011 cuya suma es de S/. 17,268.71 originado de los S/. 15,897.47 contractuales más el incremento de remuneraciones por S/. 1,371.00; los montos de estos períodos totalizan la cantidad de S/. 51,806.13. El sustento de los montos de cada uno de los períodos se basa en las Facturas del mes de setiembre que son adjuntadas a la Carta N° 703-2011-SERMAGE/CONTABILIDAD del 17 de Octubre de 2011.

Indica el Contratista que debe tomarse en cuenta al momento de emitir el laudo lo que el artículo 48º de la Ley de Contrataciones del Estado a la letra dice: "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.”

Argumenta el Demandante que en el presente caso es evidente que el servicio de octubre, noviembre y diciembre de 2011 ha sido prestado y debe ser cancelado; y, también es evidente, que se han devengado Intereses moratorios a su favor debido al retraso en el que hasta la fecha ha incurrido el Ministerio al no abonar lo correspondiente al servicio prestado durante los meses de octubre, noviembre y diciembre.

Respecto a los intereses, indica el Demandante que los intereses legales al representar el beneficio derivado del disfrute de bienes, representa el lucro cesante que hubiera podido obtener un acreedor de haber recibido un pago de manera oportuna. Según el artículo 1324º del Código Civil, no es necesario acreditar el daño generado a raíz del retraso en el cumplimiento de una obligación de pago de suma de dinero, en tal sentido, únicamente corresponde calcular el monto del interés legal devengado. Para dicho objetivo se debe reiterar que la obligación de pago incumplida por el Ministerio se volvió exigible a partir de enero de 2012, por lo que corresponde intimar en mora al deudor.

En tal sentido, señala el Demandante que se acredita la existencia de un daño, pero además se entiende que el cálculo de los intereses legales devengados se deberá realizar desde el mes de enero 2012. Así a efectos de determinar la cuantía de dichos intereses el referido artículo remite a la regulación supletoria del Código Civil, el mismo que establece el reconocimiento de intereses legales al haber no pactado una tasa de interés. Por tanto, en este extremo se colige que es completamente razonable que deba reconocerse el pago y la generación de intereses por el plazo en el que el Ministerio no ha cumplido con hacer efectivo el pago del servicio prestado, con lo cual se acredita el nexo causal existente entre la conducta ilícita de el Ministerio y el daño alegado.

Respecto a los daños y perjuicios por lucro cesante, gastos contractuales, despido intempestivo y daños a la imagen, el Demandante indica que el artículo 170º del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado señala como efectos de la resolución 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*”.

Conforme al Contrato Nº 011-2011-VIVIENDA-OGA-UE.001, señala el Demandante que faltaban tres meses y medio para su culminación. En vista de ello, deberá disponerse que el Ministerio les indemnice por los daños y perjuicios irrogados dentro de los cuales se encuentran el lucro cesante y gastos incurridos para el Contrato; tomando en consideración que faltaba ejecutarse tres meses y medio, conforme a la Estructura de Costos, adjuntada en el Anexo 1Ñ, que es aquello que ha sido ó dejará de ser percibido por el acreedor a causa del incumplimiento contractual.

Tomando en cuenta lo expuesto, el Demandante señala que seguidamente analizará si existe un nexo causal entre la resolución contractual por causa

imputable a la Entidad (conducta ilícita) y el desmedro patrimonial ocasionado en el lucro cesante y gastos contractuales (aquello que ha sido ó dejará de ser percibido por el acreedor a causa del incumplimiento contractual).

Señala que en el presente caso es evidente que el Contratista no podría recuperar la inversión en materiales, uniformes, equipos, seguros etc. así como, percibir la utilidad proyectada del Contrato, debido a la resolución contractual planteada por ellos por incumplimiento de las obligaciones esenciales del Ministerio, al no existir razón jurídicamente válida que lo legitime a hacerlo, con lo cual se acredita el nexo causal existente entre la conducta ilícita de el Ministerio y el daño alegado.

Ahora bien, argumenta el Contratista que, conforme lo requerido por la Entidad durante el proceso de selección y a la Estructura de Costos presentada, se verifica los montos mensuales para atender los gastos contractuales referidos a las adquisiciones de maquinaria, implementos, útiles, uniformes, pólizas de seguro, utilidad etc. Con lo cual, se colige que es completamente razonable que deba reconocerse el lucro cesante y los gastos contractuales, acreditándose el nexo causal existente entre la conducta ilícita de el Ministerio y el daño alegado; ya que, se entiende que se ha actuado con culpa cuando la Entidad ha procedido sin atender a la diligencia necesaria (Factor de atribución).

Respecto al despido intempestivo, el Demandante señala que la indebida resolución de Contrato (Antijuricidad o ilicitud) ha originado el despido intempestivo de doce personas, lo cual conforme a la normatividad laboral vigente les corresponde un sueldo y medio por año o fracción como indemnización por el despido intempestivo, lo cual de acuerdo al detalle de la "Planilla de Despido Intempestivo del Personal del MINISTERIO" que se anexa como anexo 1º, representa la cantidad de S/. 27,236.25.

Indica el Demandante que el despido intempestivo es un daño emergente (la pérdida o disminución de un patrimonio) ya que conforme se aprecia en la Estructura de Costos, el Contratista había presupuestado el pago de remuneraciones, beneficios y leyes sociales de los trabajadores más no estaba contemplado aquél que por Ley corresponde al ocurrir un despido intempestivo (Nexo Causal). Por lo que, asumir el pago del despido del personal destacado a la Entidad, por la conducta dañosa de este último, ha generado consecuencias negativas respecto al sujeto, ocasionando la disminución de un patrimonio el cual está plenamente demostrado con la Estructura de Costos y la Planilla de despido intempestivo presentadas; así como copia del muestreo de 13 Solicitudes de Conciliación remitidas por el Ministerio de Trabajo, adjuntadas como anexo 1P.

En relación al daño a la imagen, el Demandante indica que la resolución contractual por causal imputable exclusivamente al Ministerio, ha ocasionado una imagen negativa respecto del Contratista, lo cual, a su vez está ocasionando que ésta tenga dificultades con otros clientes y proveedores, que la han amenazado de declararla en "insolvencia" conforme a las normas concursales vigentes del INDECOPI, debido a los compromisos económicos y financieros que no pueden ser atendidos en su oportunidad como consecuencia de la resolución contractual.



Señala el Contratista que al tratarse de una empresa que brindaba el servicio de limpieza a través de su personal contratado, se ha visto perjudicada a causa de la resolución contractual ya que dicha resolución ha quitado un importante flujo de dinero necesario para el desarrollo de las actividades empresariales. En efecto, se entiende que el Contratista como empresa había presupuestado el pago de los créditos bancarios para la remuneración de sus trabajadores, así como otros conceptos necesarios para el cumplimiento de sus labores en base a los recursos económicos que esperaba recibir y que ahora no le van a ser entregados, además de la ejecución de Cartas Fianzas producto de la resolución contractual.

Para la evaluación del daño, el Contratista adjunta los medios probatorios referidos en su escrito de demanda.

Además, indica el Demandante que uno de los principios contractuales (sino el más importante) es que un contrato es concebido bajo el precepto de que las partes tienen los mismos derechos y las mismas prerrogativas; ahora bien, si las entidades del Estado por el simple hecho de resolver un contrato se ven beneficiadas con el monto de la carta fianza de fiel cumplimiento, de la misma manera el Contratista, en caso de resolverse el contrato por motivos imputables a la entidad, debe ser beneficiado con un monto equivalente por el daño causado a la empresa contratista en su imagen comercial, su posibilidad de seguir participando en concursos y de seguir operando en el mercado.

Respecto a los costos y costas, el Demandante indica que el numeral 1 del artículo 72º del Decreto Legislativo N° 1071, dispone que los Árbitros se pronunciaran en el laudo arbitral sobre los costos indicados en el artículo 70 del citado cuerpo legal. Asimismo, el numeral 1 del artículo señala que los Árbitros deben tener presente de ser el caso lo pactado en el convenio arbitral además tal norma legal establece que si el convenio arbitral no contiene pacto alguno sobre los gastos, los costos del arbitraje serán de cargo de la parte vencida.

En vista de lo anterior, el Contratista señala que al declararse fundada la demanda, la Entidad deberá asumir que las costas y costos del presente proceso arbitral. Tomando en cuenta lo expuesto, el Demandante analiza si existe un nexo causal entre la resolución contractual por causal imputable exclusivamente al Ministerio y el desmedro patrimonial ocasionado en el patrimonio de la Empresa por el pago de los honorarios del Árbitro y la Secretaría Arbitral, y el pago de honorarios del letrado patrocinante. Señala que en el presente caso es evidente que el Contratista ha tenido un desmedro patrimonial por los pagos señalados anteriormente (Daño) y que ha sido ocasionado por que la Entidad ha procedido sin atender a la diligencia necesaria (Factor de atribución); al no existir razón jurídicamente válida que lo legitime a hacerlo, con lo cual se acredita el nexo causal existente entre la conducta ilícita del Ministerio y el daño alegado.

Fundamentos de derecho:

Son fundamentos de derecho de nuestro petitorio las Bases de la Adjudicación Directa Selectiva N° 001-2011-VIVIENDA-OGA-UE "Contratación del servicio de limpieza para las oficinas periféricas del Ministerio de Vivienda Construcción y

"Saneamiento" del cual deriva el Contrato Nº 011-2011-VIVIENDA-OGA-UE.001 "Contrato de servicio de limpieza para las oficinas periféricas del Ministerio de Vivienda Construcción y Saneamiento" suscrito el 8 de Abril de 2011, así como la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento y la Ley General de Arbitraje, Ley Nº 27626 y su Reglamento.

IV. CONTESTACIÓN DE DEMANDA Y RECONVENCIÓN

Mediante Resolución Nº 2 de fecha 25 de abril de 2012, se admitió a trámite la demanda y se corrió traslado de ésta.

Mediante escrito presentado el 17 de mayo de 2013, el Ministerio presentó la contestación de la demanda dentro del plazo establecido para tales efectos y formuló reconvenión.

Contestación de la demanda

Fundamentos de Hecho y Derecho de la Contestación de Demanda

El Ministerio señala que de la cláusula cuarta del Contrato y de los Términos de Referencia de las bases integradas del proceso de selección se desprende que es obligación del Contratista presentar para efectos del pago, entre otros, los siguientes documentos: a) copia de la boleta que acredite el pago de las remuneraciones y de todos los derechos previsionales y laborales, b) copia de la planilla de pago de aportes previsionales, c) copia del comprobante de pago PDTY SUNAT, d) Copia del PDT 0601 Planilla Electrónica debidamente pagada y e) Copia del PDT 610 Seguro Complementarios de Trabajo de Riesgo; siendo que para efectuar el primer pago no era necesario presentar los indicados documentos.

Sin perjuicio de lo expuesto, el Demandado indica que la cláusula undécima del Contrato contiene una cláusula resolutoria expresa por incumplimiento del Contratista de sus obligaciones laborales y previsionales. En el mismo sentido se pronuncia la Primera Disposición Final y Transitoria del Decreto Supremo Nº 003-2002-TR, donde se establecen disposiciones para la aplicación de las Leyes Nº 27626 y 27696., que regulan la Actividad de las Empresas Especiales de Servicios y de las Cooperativas de Trabajadores.

Respecto a la legítima Resolución de contrato efectuada por el Ministerio ante el incumplimiento de las obligaciones laborales del Contratista.

EL Demandado señala que de lo mencionado en la Cláusula Undécima del Contrato y de la Primera Disposición Final y Transitoria del Decreto Supremo Nº 003-2002-TR, se desprende que el cumplimiento de las obligaciones laborales y previsionales por parte del contratista responde a una exigencia de carácter legal y contractual, la cual no se encuentra supeditada a que previamente la Entidad haya realizado el pago correspondiente a los servicios ejecutados en el mes respectivo. Es decir, el poder de fiscalización que tiene el Estado respecto de las obligaciones laborales y previsionales del Contratista es independiente de la relación obligacional existente entre la Entidad y la Contratista, por lo que basta



que se constate incumplimiento para que el Estado resuelva el Contrato válidamente.

Indica la Entidad que mediante carta s/n del 9 de diciembre del 2011, tres trabajadores del Contratista -los señores Félix García Campos, Óscar Veliz Chumbiauca y la señora María Leonor Escurima Collantes, comunicaron que su empleador no les había cancelado el íntegro de sus remuneraciones correspondientes al mes de noviembre del 2011. A ello se suma que mediante Memorándum N° 875-2011-VIVIENDA-PP del 13 de diciembre del 2011, la Procuraduría Pública del Ministerio informó que el Contratista no había cumplido con enviar los materiales de limpieza necesarios para que sus operarios desarrollen sus labores con normalidad, con lo cual se colige que incumplió sus obligaciones laborales frente a sus trabajadores y las contractuales frente a la Entidad.

El Demandado señala que cumplió puntualmente con efectuar los pagos de los servicios prestados por los meses de abril, mayo, junio, julio y agosto del 2011. Asimismo, se emitió y comprometió a nombre de la Demandante la Orden de Servicio N° 0001775-2011 por un total de S/. 47,962.41, equivalente al pago de los meses de setiembre, octubre y noviembre; sin embargo, el Contratista no cumplió con presentar los siguientes documentos correspondientes a los meses de octubre y noviembre: a) Copia de la boleta que acredite el pago de las remuneraciones y de todos los derechos previsionales y laborales; b) Copia de la planilla de pago de aportes previsionales; c) Copia del comprobante de pago PDT SUNAT; d) Copia del PDT 0601 Planilla Electrónica debidamente pagada; e) Copia del PDT 610 Seguro Complementario del Trabajo de Riesgo.

La Entidad manifiesta que considerando lo previsto en el numeral 1 del artículo 168º del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, mediante Carta N° 382-2011/VIVIENDA-OG, recibida el 20 de diciembre de 2011, se solicitó al Contratista que cumpla con acreditar el pago de las obligaciones laborales y tributarias correspondientes a los meses de setiembre, octubre y noviembre de 2011 y gratificaciones correspondientes al mes de diciembre de 2011, dentro del plazo de dos (2) días de recibida la carta, bajo apercibimiento de resolución de contrato por incumplimiento, siendo que dicho plazo vencía el 22 de diciembre de 2011.

No obstante, indica el Demandado que el 26 de diciembre del 2011, vencido ya el plazo, el Contratista remitió la Carta Notarial N° 45654 mediante la cual, sin remitir la documentación solicitada, les concede un plazo no mayor a un día para remitirle la conformidad del servicio, pese a que el artículo 181º del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado establece que la Entidad dispone de un plazo de diez (10) días para tal fin.

Estando a lo expuesto, la Entidad argumenta que la Demandante no cumplió con acreditar lo requerido, por lo cual la Entidad remitió por conducto notarial la Carta N° 414-2011/VIVIENDA-OGA, recibida el 29 de diciembre del 2011, mediante la cual resuelve el Contrato.



Sobre la írrita e ilegal Resolución de contrato efectuada por SERMAGE S.A.

El Demandado señala que, no obstante el evidente incumplimiento por parte del Contratista de sus obligaciones laborales y previsionales, pretendió resolverlos el Contrato sin mayor sustento. El Contratista alega un supuesto incumplimiento contractual por parte del Ministerio, consistente en la negativa injustificada de entregar la conformidad del servicio. Al respecto, señala que mediante Carta N° 783-2011-SERMAGE del 13 de diciembre del 2011, habrían solicitado al Ministerio la entrega de la conformidad de los servicios correspondientes al mes de noviembre, designando a uno de sus empleados a recabarla, la misma que no le habría sido entregada. Ante el supuesto incumplimiento de la Entidad, el Contratista presentó la Carta Notarial N° 45654 del 26 de diciembre del 2011, con la cual se otorga un (1) día al Ministerio para que entregue la conformidad del servicio, bajo apercibimiento de resolver el Contrato.

Al respecto, señala la Entidad que el Demandante presentó dicha carta luego que su representada le remitiera la Carta N° 328-2011/VIVIENDA-OGA del 20 del 2011, mediante la cual le requirió que cumpla con acreditar el pago de sus obligaciones laborales y tributarias dentro del plazo de dos (2) días, bajo apercibimiento de resolver el contrato por incumplimiento. En efecto, refiere la Entidad, que su misiva inició el trámite de resolución de Contrato seis (6) días antes.

Respecto a la entrega de la conformidad del servicio, el Demandado alega que le era imposible entregarla ya que se había acreditado el incumplimiento por parte del Contratista de sus obligaciones laborales y previsionales frente a sus trabajadores, hecho que determina la resolución del contrato conforme a lo establecido en la Cláusula Undécima del Contrato y la Primera Disposición Final y Transitoria del Decreto Supremo N° 003-2002-TR.

El Demandando indica que la causal resolutoria prevista en dichos dispositivos es independiente del desarrollo contractual existente entre el Contratista y el Ministerio, dado que basta que se acredite el incumplimiento del Contratista de sus obligaciones laborales y previsionales con sus trabajadores, para que opere la resolución de contrato.

Sobre la pretensión indemnizatoria de la Demandante: No acreditación de daño alguno

Respecto a que la no entrega de la conformidad del servicio causó un daño patrimonial al Contratista por lo que debería ser indemnizado, la Entidad manifestó que la solicitud de entrega de la conformidad fue inoficiosa al acreditarse incumplimiento por parte del Contratista de sus obligaciones laborales y previsionales. No obstante, en el supuesto negado que ello se entienda como un incumplimiento contractual de la Entidad, esto no generó daño alguno.

En efecto, indicó la Entidad que la no entrega de la conformidad del servicio es una obligación formal que por sí misma no genera menoscabo económico, pues dicha entrega de por sí no obliga a la Entidad al pago de la prestación



correspondiente, dado que el pago del servicio está sujeto a la presentación de una serie de documentos, los cuales la Demandante no presentó.

Asimismo, indica el Demandado que el Contratista no cumplió con acreditar el cumplimiento de sus obligaciones laborales y previsionales, motivo por el cual aún en el supuesto de que la Entidad le haya entregado la conformidad del servicio, tampoco sería viable el pago de la contraprestación al estar acreditado el incumplimiento del Contratista de sus obligaciones laborales y previsionales. De ello se colige que el alegado incumplimiento contractual de la Entidad no le habría generado ningún perjuicio económico al Contratista. Situación distinta hubiese sido si el Contratista habiendo acreditado el cumplimiento de sus obligaciones laborales y previsionales, la Entidad se haya negado a efectuar el pago de la contraprestación, lo cual no ocurrió; puesto que la entidad afirma que cumplió con entregar las conformidades de servicios y cancelar los servicios prestados de manera oportuna en los meses de abril, mayo, junio, julio y agosto de 2011, toda vez que en dichas oportunidades el Demandante cumplió con acreditar el pago de beneficios sociales de sus trabajadores.

En ese sentido, el Demandado alega que los daños y perjuicios reclamados carecen de sustento alguno al no existir nexo causal. Sin perjuicio de ello, la Entidad manifiesta que desvirtuarán cada uno de los conceptos reclamados.

Respecto a los servicios impagos, la entidad indica que los montos reclamados no son debidos ya que el Contratista no cumplió con sus obligaciones laborales. Asimismo, señala la entidad que el Demandante incluye el monto de S/. 1,371.24 por "incremento de remuneraciones", lo cual no estaba pactado en el contrato ni previsto en la Ley.

Respecto al Lucro Cesante y Gastos Contractuales, el Demandado señala que al haberse resuelto el Contrato por causa imputable al Contratista no existe obligación por su parte de retribuir nada sobre el particular, más aún cuando el Demandante no acredita documentalmente los gastos efectuados por los conceptos reclamados, mantenimiento de maquinarias y equipos, materiales de consumo e implementos de limpieza, uniformes, pólizas y seguros, gastos administrativos, otro y utilidad.

En relación al despido intempestivo, el Demandado indica que la deficiente gestión empresarial del Demandante es sólo responsabilidad de ella misma. Sin embargo, pretende que se indemnice por despido arbitrario de personal que ni siquiera estuvo asignado al Ministerio. En efecto, conforme se advierte de contrastar el Contrato con las solicitudes de conciliación presentadas ante el Ministerio de Trabajo y Promoción de Empleo (documentos adjuntados como anexo 1P de la demanda), los trabajadores a los que hace referencia el Contratista no fueron asignados a la Entidad. Conforme se advierte en los Anexos 1-Q al 1K1 de la demanda, el Contratista venía incumpliendo no sólo el pago de sus trabajadores asignados al Ministerio, sino también, con los asignados a la UNIVERSIDAD DE LIMA, GILAT TO HOME PERÚ S.A., LUMINA COOPER S.A.C., CAFAE-SE, SML PERÚ S.A.C., COES SINAC, TECSUP, lo que originó que dichas empresas resolvieran los contratos suscritos con el Contratista por incumplimiento de obligaciones.



Respecto al Daño a la Imagen y Perjuicio, el Demandado reiteró que conforme se advierte en los anexos 1-Q al 1K1 de la demanda, el Contratista no sólo venía incumpliendo con el pago de haberes de sus trabajadores consignados al Ministerio sino también con los asignados a la UNIVERSIDAD DE LIMA, GILAT TO HOME PERÚ S.A., LUMINA COOPER S.A.C., CAFAE-SE, SML PERÚ S.A.C., COES SINAC, TECSUP, entre otros, lo que generó que dichas empresas resolvieran igualmente los Contratos.

Asimismo, indicó el Demandante que las resoluciones efectuadas por las empresas fueron efectuadas con anterioridad a la resolución del Contrato materia del presente arbitraje. De igual manera, los requerimientos efectuados al Contratista por las empresas Centrosur Perú S.A., San Martín Limpieza e Higiene S.A.C. y Yichang, por concepto de venta de producto (que no se mencionan cuáles y si tienen relación con el servicio prestado) también son anteriores, puesto que están fechadas con 15, 21 y 28 de diciembre de 2011, respectivamente. Indica el Demandado que también las misivas remitidas al Contratista por el Banco Continental, requiriéndoles el pago de los montos involucrados en las cartas fianza por sus innumerables acreedores, tiene data anterior.

Sobre los costos arbitrales

El Demandado señala que al demostrarse que las pretensiones planteadas en la demanda son inconsistentes, y de acuerdo a lo establecido en el numeral 1 del artículo 73º del Decreto Legislativo N° 1071, en el que señala que a falta de acuerdo, los gastos arbitrales serán de cargo de la parte vencida, los costos arbitrales deben de ser asumidos por el Contratista.

Sin perjuicio de lo anterior, sobre el patrocinio legal, señala la Entidad que dichos gastos deben ser sustentados con los correspondientes recibos por honorarios profesionales, debidamente declarados ante la SUNAT y acreditando el pago del tributo correspondiente.

Reconvención

La entidad formuló reconvención formulando las siguientes pretensiones:

- Primera Pretensión Principal:
Se declare la validez y eficacia de la resolución del Contrato N° 011-2011-VIVIENDA-OGA-UE.001 efectuada por el Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento.
- Segunda Pretensión Principal:
Se declare inválida e ineficaz la resolución del Contrato N° 011-2011-VIVIENDA-OG-UE.001 efectuada por SERMANGE S.A.
- Tercera Pretensión Principal:



Se condene a SERMAGE S.A. al pago de las costas correspondientes al proceso arbitral.

Fundamentos de Hecho y Derecho de la reconvención

El Ministerio manifiesta que fundamenta sus pretensiones en lo expuesto en el escrito de contestación de demanda, de los cuales se advierte la validez y eficacia de la resolución del Contrato por su parte. Probado ello, se deben aplicar las consecuencias jurídicas de la resolución contractual por causas imputables a la Contratista, esto es, aplicar las penalidades y ejecutar las cartas fianza.

De otro lado, indica que el Ministerio se vio afectado, por cuanto el personal asignado a dicho local dejó de realizar sus labores lo que provocó que los locales del Ministerio estuvieran sin servicio de limpieza por un tiempo prolongado.

V. CONTESTACIÓN DE LA RECONVENCIÓN

Mediante Resolución Nº 6 de fecha 11 de junio de 2012, se admitió el escrito de contestación de demanda y reconvención y se corrió traslado al Demandante para que la conteste.

Mediante escrito presentado el 27 de junio de 2012, el Contratista contestó la reconvención formulada, dentro del plazo establecido para tales efectos.

El Demandante señaló que la resolución de contrato formulada por ellos ha quedado consentida, conforme el artículo 52º de la Ley de Contrataciones del Estado y el Artículo 215º del Reglamento, señalan ambos, que los plazos fijados para el inicio de los procedimientos para resolver las controversias y/o inicio del arbitraje son de caducidad.

Ahora bien, sobre los efectos de la resolución contractual el párrafo final del Artículo 170º del Reglamento señala que: "*Vencido este plazo sin que se haya iniciado ninguno de estos procedimientos, se entenderá que la resolución del contrato ha quedado consentida.*"

El Contratista manifiesta que si el Ministerio consideraba que su resolución contractual era "írrita e ilegal" debió accionar los procedimientos para resolver las controversias y/o inicio del arbitraje dentro de los plazos que la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento le franqueaban y no quererlo incorporar en el arbitraje solicitado por ellos para efectos de devolución de fianzas, pago de servicios prestados y pago de daños y perjuicios. El plazo para que el Ministerio pueda presentar su solicitud de arbitraje venció el 19 de enero del 2012 (15 días hábiles siguientes de comunicada la resolución); por lo tanto, su resolución contractual ha quedado consentida y, como consecuencia de ello, en estricto cumplimiento de las normas de Contrataciones del Estado, la resolución de contrato que remite el Ministerio es extemporánea e ineficaz.



Sobre lo solicitado por el Ministerio el numeral 3. del Petitorio de su reconvención, el Demandante reitera lo señalado en su escrito de demanda en cuanto a que los costos y costas de los honorarios arbitrales y los honorarios del letrado patrocinante deben ser asumidos por la Entidad.

VI. AUDIENCIA DE FIJACIÓN DE PUNTOS CONTROVERTIDOS

Mediante Resolución N° 11 de fecha 17 de julio de 2012, se citó a las partes a la respectiva Audiencia de Fijación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios.

Con fecha 7 de agosto de 2012, se realizó la audiencia, con la asistencia de ambas partes, ocasión en la que el Árbitro Único invocó a las partes a la posibilidad de una conciliación, no obstante ello, los representantes de éstas expresaron que no resultaba posible arribar a una.

En dicha diligencia el Árbitro Único estableció como puntos controvertidos del presente arbitraje los siguientes:

De la Demanda:

- Determinar si corresponde o no declarar consentida la resolución del Contrato N° 011-2011-VIVIENDA-OGA-UE.001 planteada por el demandante mediante Carta Notarial de fecha 27 de diciembre de 2011 y recibida por la Entidad el 28 de diciembre de 2011.
- Determinar si corresponde o no declarar extemporánea e ineficaz la resolución del Contrato N° 011-2011-VIVIENDA-OGA-UE.001 planteada por la Entidad mediante Carta Notarial 414-2011-VIVIENDA-OGA de fecha 29 de diciembre de 2011 y recibida por el demandante el mismo día.
- Determinar si corresponde o no ordenar que la Entidad cumpla con devolver al demandante la Carta Fianza N° 0011-384-98-00155041 extendida por el Banco Continental a favor de la Entidad, ascendente a la suma s/. 19, 184.96.
- Determinar si corresponde o no ordenar que la Entidad pague a favor del demandante la suma de s/. 51,806.13, más los intereses que se devenguen hasta la fecha de su cancelación, por concepto de los Servicios de Limpieza prestados y no pagados de los períodos correspondientes al 1/10/11 al 31/10/11; 1/11/11 al 30/11/11 y 1/12/11 al 31/12/11.
- Determinar si corresponde o no ordenar que la Entidad pague a favor del demandante la suma de s/. 93,837.62, más los respectivos intereses, por concepto de daños y perjuicios derivados del lucro cesante, gastos contractuales, despido intempestivo y daños al prestigio e imagen.



De la Reconvención

- Determinar si corresponde o no declarar la validez y eficacia de la resolución del Contrato N° 011-2011-VIVIENDA-OGA-UE.001 efectuada por la Entidad.
- Determinar si corresponde o no declarar invalida e ineeficaz la resolución del Contrato N° 011-2011-VIVIENDA-OGA-UE.001 efectuada por el demandante.

Pretensión en común:

- Determinar a quién y en qué porción corresponde el pago de los gastos arbitrales, costas y costos resultantes del arbitraje.

Asimismo, el Árbitro Único dejó establecido que, una vez fijados los puntos controvertidos, se reservaba el derecho a analizarlos en el orden que considere más conveniente. Asimismo, el Árbitro Único dejó indicado que, en el caso de llegar a la conclusión de que a los efectos de resolver la presente controversia, careciese de objeto pronunciarse sobre alguno de los puntos controvertidos previamente establecidos, porque guardan vinculación con los puntos controvertidos resueltos, podrá omitir pronunciamiento sobre aquellos expresando las razones de dicha omisión. Asimismo, el Árbitro Único dejó constancia de que las premisas señaladas como puntos controvertidos son meramente referenciales, por lo que el Árbitro Único podría omitir, ajustar o interpretar dichas premisas a la luz de las respuestas dadas a otros puntos, sin que el orden empleado o el ajuste, omisión o interpretación genere nulidad de ningún tipo. Respecto a la determinación de los puntos controvertidos y las reglas establecidas por el Árbitro Único las partes expresaron su conformidad.

De otro lado, en dicha audiencia se admitieron los siguientes medios probatorios:

De la parte Demandante:

Se admitieron los medios probatorios ofrecidos por el Demandante en su escrito de demanda, de fecha 12 de abril de 2012, detallados en el acápite "MEDIOS PROBATORIOS Y ANEXOS QUE SE ACOMPAÑAN", que van del numeral 1A) al 1L1).

De la parte Demandada:

Se admitieron los medios probatorios ofrecidos por el Ministerio en su escrito de contestación de demanda y reconvención, de fecha 17 de mayo de 2012, complementado el 5 de junio de 2012, detallados en su acápite "D. MEDIOS PROBATORIOS", que van del numeral 1) al 12).



Medios Probatorios admitidos con posterioridad

Posteriormente, mediante escrito presentado el 23 de agosto de 2012, el Ministerio presentó nuevos medios probatorios consistentes en la copia del Memorándum N° 675-2012/VIVIENDA-OGA-UA del 25 de junio de 2012, copia del Informe N° 096-2012/VIVIENDA-OGA-UA-MAPC del 22 de agosto de 2012 y la copia de la Carta N° 782-2011-SERMAGE del 13 de diciembre de 2011.

Mediante Resolución N° 15 de fecha 18 de setiembre de 2012, se admitió la Carta N° 782-2011-SERMAGE presentada por el Ministerio el 23 de agosto de 2012. Sin embargo, considerando que se efectuaron impugnaciones contra la copia del Memorándum N° 675-2012/VIVIENDA-OGA-UA del 25 de junio de 2012 y la copia del Informe N° 096-2012/VIVIENDA-OGA-UA-MAPC del 22 de agosto de 2012, mediante Resolución N° 15 de fecha 18 de setiembre de 2012, se puso en conocimiento del Ministerio dichas impugnaciones; siendo que, mediante escrito presentado el 26 de setiembre de 2012, el Ministerio expresó lo conveniente a su derecho. Finalmente, mediante Resolución N° 17 de fecha 4 de octubre de 2012, se admitió la copia del Memorándum N° 675-2012/VIVIENDA-OGA-UA del 25 de junio de 2012 y la copia del Informe N° 096-2012/VIVIENDA-OGA-UA-MAPC del 22 de agosto de 2012.

De otro lado, mediante escrito presentado el 18 de setiembre de 2012, el Ministerio presentó el Informe N° 099-2010/VIVIENDA-OGA-UA-MAPC de fecha 13 de setiembre de 2012, el cual fue admitido mediante Resolución N° 18 de fecha 4 de octubre de 2012.

Asimismo, mediante escritos presentados el 10 y 12 de diciembre de 2012, el Ministerio y el Contratista, respectivamente, presentaron nuevos medios probatorios, los cuales fueron incorporados al expediente mediante Resolución N° 24 de fecha 22 de enero de 2013.

VII. ALEGATOS ESCRITOS Y AUDIENCIA DE INFORMES ORALES

Mediante Resolución N° 13 de fecha 14 de agosto de 2012, se otorgó a ambas partes un plazo de cinco (5) días hábiles para que las partes presenten sus alegaciones y conclusiones finales por escrito.

Mediante escritos presentados el 22 y 23 de agosto del 2012, el Contratista y la Entidad, respectivamente, presentaron sus alegaciones y conclusiones finales y solicitaron el uso de la palabra.

Mediante Resolución N° 20 de fecha 26 de octubre de 2012, se citó a Audiencia de Informes Orales para el 20 de noviembre de 2012.

En la fecha y hora programada se realizó la Audiencia de Informes Orales con la asistencia de ambas partes.



VIII. SUCESIÓN PROCESAL

Cabe indicar que en el presente proceso hubo una sucesión procesal, siendo que mediante Resolución N° 1 se declaró como sucesor procesal de Servicios y Mantenimientos Generales S.A.C. al señor Luis Felipe Dongo Morey.

IX. CIERRE DE INSTRUCCIÓN Y PLAZO PARA LAUDAR

Mediante Resolución N° 24 de fecha 22 de enero de 2013, el Árbitro Único declaró el cierre de la instrucción y fijó el plazo para laudar en cuarenta y cinco (45) días hábiles, prorrogables por un término de treinta (30) días hábiles adicionales.

Mediante Resolución N° 25 de fecha 11 de marzo de 2013, el Árbitro Único prorrogó el plazo para laudar en treinta (30) días hábiles.

CONSIDERANDOS:

1. Antes de entrar a analizar la materia controvertida, corresponde confirmar lo siguiente: (i) que el Árbitro Único se constituyó de conformidad con el convenio arbitral suscrito por las partes; (ii) que en momento alguno se recusó a al Árbitro Único, o se impugnó o reclamó contra las disposiciones de procedimiento dispuestas en el Acta de Instalación; (iii) que el Contratista presentó su demanda dentro de los plazos dispuestos; (iv) que el Ministerio fue debidamente emplazado con la demanda y ejerció plenamente su derecho de defensa presentando reconvención; (v) que las partes tuvieron plena oportunidad para ofrecer y actuar todos sus medios probatorios, así como tuvieron la facultad de presentar alegatos o solicitar el uso de la palabra para informar ante el Árbitro Único; y, (vi) que, el Árbitro Único ha procedido a laudar dentro de los plazos aceptados por las partes.
2. Por otro lado, el Árbitro Único conviene en precisar que el análisis que a continuación se efectúa se limita a las pretensiones formuladas, teniendo presente los argumentos y medios probatorios presentados por las partes, así como el respeto al derecho de defensa e igualdad procesal que han tenido ambas partes durante el desarrollo del presente proceso arbitral.
3. Siendo que el presente arbitraje es uno de derecho, corresponde al Árbitro Único pronunciarse respecto de cada una de las pretensiones formuladas teniendo en cuenta el mérito de la prueba aportada al proceso para determinar, en base a la valoración conjunta de ella, 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 proceso. 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.



4. Asimismo, debe tenerse en cuenta, en 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 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. Ello concuerda con la definición de dicho principio que establece que:

"(...) 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"¹

5. Una vez definido lo anterior, corresponde pasar a analizar las pretensiones formuladas en el presente arbitraje.

De la Demanda

Determinar si corresponde o no declarar consentida la resolución del Contrato N° 011-2011-VIVIENDA-OGA-UE.001 planteada por el demandante mediante Carta Notarial de fecha 27 de diciembre de 2011 y recibida por la Entidad el 28 de diciembre de 2011.

6. De lo expuesto por las partes, el Árbitro Único verifica que la presente pretensión gira en torno a la Conformidad del Servicio del mes de noviembre, la cual, conforme señala el Contratista no habría sido otorgada por la Entidad dentro del plazo previsto por el Contrato y por el artículo 181º del Reglamento de la Ley de Contrataciones, lo cual habría llevado a que el Contratista resuelva el Contrato, resolución que habría quedado consentida.
7. Respecto a la oportunidad para otorgar la conformidad del servicio, la cláusula cuarta del Contrato establece:

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

8. Por su parte, el artículo 181º del Reglamento de la Ley de Contrataciones indica:

"(...) el responsable de dar la conformidad de recepción de los bienes o servicios, deberá hacerlo en un plazo que no excederá de los diez (10) días calendario de ser éstos recibos (...)"

9. Asimismo, las conclusiones de la Opinión N° 049-2011/DTN emitido por el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado señala:

¹ TARAMONA H., José Rubén. Medios Probatorios en el Proceso Civil. Ed.: Rodhas 1994, pág. 35.



"La normativa sobre contratación pública ha dispuesto que el plazo máximo que tiene la Entidad para emitir la conformidad en la recepción de los bienes y servicios sea de diez (10) días calendario, luego de ser recibidos.

A efectos de dar la conformidad de la recepción de los bienes y servicios, la Entidad no podría excederse del plazo señalado en la normativa sobre contratación pública y/o realizarlo de manera extemporánea. (...)".

10. Con lo anteriormente expuesto, se verifica que la Entidad tenía la obligación legal y contractual de entregar la conformidad del servicio dentro de los diez (10) días calendario de recibos éstos. Considerando que el servicio de limpieza del mes de noviembre concluyó el 30 de dicho mes, la Entidad contaba hasta el 10 de diciembre de 2011 para entregar la conformidad de servicio; no obstante, teniendo en consideración que el 10 de diciembre de 2011 fue sábado, el plazo para otorgar la conformidad del servicio vencía indefectiblemente el lunes 12 de diciembre de 2011.
11. Habiendo transcurrido el plazo de diez (10) días considerado por la normativa de contrataciones del Estado, se advierte que, mediante Carta N° 782-2011-SERMAGE notificada a la Entidad el 14 de diciembre de 2011, el Contratista autoriza al señor Martín Velazco Guadalupe para recoger la Conformidad del Servicio del mes de noviembre.
12. El Ministerio señaló en el presente arbitraje que a efectos de otorgar la conformidad del servicio, los Términos de Referencia de las Bases del proceso de selección señalaban que el Contratista debía adjuntar a su factura, la relación de los operarios que laboraron en el mes que se liquida.
13. Sobre el particular, efectivamente se verifica que en el numeral 12 de los Términos de Referencia de las bases del proceso se señala que el Contratista debe presentar la factura respectiva más la relación de operarios que laboraron en dicho mes.
14. Sin embargo, se verifica que cuando el Contratista remite la Carta N° 782-2011-SERMAGE, la Entidad no cuestiona dicha comunicación, solicitándole la factura respectiva ni la relación de operarios. Si bien se advierte que mediante Carta N° 382-2011/VIVIENDA-OGA, notifica al Contratista el 26 de diciembre de 2011, la Entidad lo comunica a que acredite el pago de sus obligaciones laborales de los meses de setiembre, octubre, noviembre y diciembre de 2011, dicho requerimiento no era requisito para entregar la conformidad del mes de noviembre. Eran otros los requisitos que la Entidad no requirió en su oportunidad, más aún, considerando que por efecto legal y contractual era su deber entregar dicha conformidad del servicio en el plazo de diez (10) días de brindado el servicio.
15. Ahora bien, se advierte que, frente a la no entrega de la conformidad del servicio del mes de noviembre, ante ninguna observación a la Carta N° 782-2011-SERMAGE y habiendo transcurrido el plazo legal y contractual para que la Entidad cumpla con entregar la conformidad, el Contratista, mediante Carta Notarial notificada a la Entidad del 26 de diciembre de 2011, le otorgó un (1)



día para que cumpliera con entregar la conformidad del servicio del mes de noviembre, bajo apercibimiento de resolver el Contrato.

16. Sobre el plazo otorgado por el Contratista de un (1) día para otorgar la conformidad del servicio del mes de noviembre, bajo apercibimiento de resolver el Contrato, la Entidad manifiesta en el presente arbitraje que, conforme el artículo 181º del Reglamento de la Ley de Contrataciones, contaban con un plazo máximo de diez (10) días para entregar dicha conformidad.
17. Sobre el particular, se verifica que efectivamente la Entidad contaba con un plazo de diez (10) días para entregar la conformidad; no obstante, dicho plazo se debió contabilizar desde recibido el servicio. Como indicáramos líneas arriba, considerando que el servicio de limpieza de noviembre concluyó el 30 de dicho mes, los diez (10) días para entregar la conformidad venció indefectiblemente el lunes 12 de diciembre de 2011; es por ello que, frente al incumplimiento injustificado por parte de la Entidad, de entregar la conformidad del mes de noviembre, el Contratista, mediante carta notarial, le otorga un plazo adicional para que cumpla con su obligación, activando así procedimiento de resolución de Contrato establecido en el artículo 169º del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado que indica:

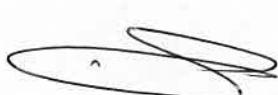
"Artículo 169.- Procedimiento de resolución de Contrato

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

18. En este punto, el Árbitro Único conviene en precisar, que ha calificado la no presentación de la conformidad de servicio como un incumplimiento injustificado, en la medida que transcurrido el plazo legal y contractual de diez (10) días para entregar la conformidad, dicha Entidad incumplió con su deber, sin señalar, en dicha oportunidad, circunstancia alguna que justificara la no entrega de la conformidad de servicio.
19. Conforme lo indicado en párrafos anteriores, el Árbitro Único verifica que, frente al incumplimiento por parte de la Entidad, el Contratista activó válidamente el procedimiento de resolución del Contrato, otorgándole un plazo para que subsane su incumplimiento mediante Carta Notarial de fecha 26 de diciembre de 2011; sin embargo, frente al incumplimiento injustificado de la Entidad, el Contratista procedió a resolver el Contrato a través de la Carta Notarial de fecha 29 de diciembre de 2011.
20. Definido lo anterior, el Árbitro Único conviene en indicar cuáles serían los efectos de la resolución contractual efectuada por el Contratista. Al respecto ,el artículo 170º del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado establece:

"Artículo N° 170.- Efectos de la resolución

Si la parte perjudicada es la Entidad, ésta ejecutará las garantías que el contratista hubiera otorgado, sin perjuicio de la indemnización por los mayores daños y perjuicios irrogados.



Si la partes perjudica es el contratista, la entidad deberá reconocerle la respectiva indemnización por los daños y perjuicios irrogados, bajo responsabilidad del Titular de la Entidad.

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

21. Considerando la norma antes acotada, se advierte que la resolución del Contrato efectuada por el Contratista quedó consentida, en la medida que la Entidad no cuestionó la resolución efectuada sometiéndola a conciliación y/o arbitraje dentro del plazo establecido. Efectivamente, se verifica que la Entidad al no encontrarse de acuerdo con la resolución efectuada pudo someter dicha controversia a arbitraje y/o conciliación; sin embargo, esto no sucedió, con lo cual la Entidad consintió la resolución efectuada por el Contratista.
22. Por las consideraciones anteriores, corresponde declarar fundada la primera pretensión de la demanda y, en consecuencia, declarar consentida la resolución del Contrato N° 011-2011-VIVIENDA-OGA-UE.001 efectuada por el Contratista mediante Carta Notarial notificada a la Entidad el 28 de diciembre de 2011.

Determinar si corresponde o no declarar extemporánea e ineficaz la resolución del Contrato N° 011-2011-VIVIENDA-OGA-UE.001 planteada por la Entidad mediante Carta Notarial 414-2011-VIVIENDA-OGA de fecha 29 de diciembre de 2011 y recibida por el demandante el mismo día.

23. Conforme se verifica de la cláusula undécima del Contrato, era causal de resolución la verificación de algún incumplimiento de las obligaciones laborales y previsionales del Contratista, por lo que el Ministerio se encontraba facultado a verificar el cumplimiento de las obligaciones laborales del Contratista con sus trabajadores, siendo facultativo solicitar la inspección de la Autoridad Administrativa de Trabajo.

"(...) Es causal de resolución del contrato, la verificación de algún incumplimiento de las obligaciones laborales y previsionales de "EL CONTRATISTA", de ese modo "VIVIENDA" está facultada a verificar el cumplimiento de las obligaciones laborales que tiene "EL CONTRATISTA" con los trabajadores destacados; para tal obligación podrán solicitar la inspección de la Autoridad Administrativa de Trabajo".

24. En vista de lo anterior, el Árbitro Único advierte que, frente a la carta presentada por los trabajadores el 9 de diciembre de 2011, mediante la cual señalaban que el Contratista no habría cumplido con efectuar el pago total de su remuneración correspondiente al mes de noviembre de 2011, la Entidad se encontraba en el deber de verificar lo manifestado por los trabajadores. En vista de ello, la Entidad remite al Contratista la Carta N° 382-2011/VIVIENDA, con la cual no sólo le solicita información respecto al pago de remuneraciones del mes de noviembre, sino también solicita la de los meses de setiembre, octubre,



diciembre y pago de gratificaciones de diciembre, bajo apercibimiento de resolver el Contrato.

25. Si bien lo efectuado por la Entidad se encontraba dentro del marco de sus facultades, pues es su deber verificar el cumplimiento de obligaciones laborales del Contratista, en el presente caso se originó una situación peculiar, pues ambas partes se imputaron incumplimientos casi de manera simultánea. Por una parte, el Contratista imputó incumplimiento en cuanto a la entrega de la conformidad del servicio del mes de noviembre y, por otra parte, la Entidad imputó incumplimiento de obligaciones laborales, lo cual tuvo como resultado, luego de seguir el procedimiento establecido, que primero se resolviera el Contrato por el incumplimiento de la Entidad en cuanto a la no entrega de la conformidad, resolución que, conforme se indicó, ha quedado consentida pues la Entidad no la cuestionó.
26. En vista lo anterior, se advierte que la resolución posterior efectuada por la Entidad más que ser extemporánea, como indica el Contratista, sería ineficaz en tanto la Entidad consintió la resolución efectuada por el Contratista.
27. Asimismo, cabe indicar que no es posible resolver un Contrato que ya fue resuelto válidamente conforme se indica en el análisis del punto precedente.
28. A mayor abundamiento, es pertinente indicar que quien estuvo en situación de incumplimiento primero en el tiempo fue la Entidad, pues conforme lo indicáramos anteriormente, el 12 de diciembre de 2011 venció el plazo legal y contractual con el que contaba la Entidad para entregar la conformidad de servicio del mes de noviembre, siendo recién el 20 de diciembre de 2011 que la Entidad hace uso de su facultad de verificación y remite la Carta 382-2011/VIVIENDA.
29. Por las consideraciones anteriores, corresponde declarar fundada la segunda pretensión de la demanda y, en consecuencia, declarar extemporánea e ineficaz la resolución del Contrato N° 011-2011-VIVIENDA-OGA-UE.001 efectuada por la Entidad mediante Carta Notarial 414-2011-VIVIENDA-OGA de fecha 29 de diciembre de 2011 y recibida por el Demandante el mismo día.

Determinar si corresponde o no ordenar que la Entidad cumpla con devolver al demandante la Carta Fianza N° 0011-384-98-00155041 extendida por el Banco Continental a favor de la Entidad, ascendente a la suma S/. 19, 184.96.

30. Habiéndose determinado que la resolución del Contrato efectuada por el Contratista quedó consentida y que la resolución efectuada por la Entidad carece de valor, corresponde que la Entidad devuelva al Contratista la Carta Fianza N° 0011-384-98-00155041 extendida por el Banco Continental a favor de la Entidad, ascendente a la suma S/. 19, 184.96.

Determinar si corresponde o no ordenar que la Entidad pague a favor del Demandante la suma de S/. 51,806.13, más los intereses que se devenguen hasta la fecha de su cancelación, por concepto de los Servicios de Limpieza



prestados y no pagados de los periodos correspondientes al 1/10/11 al 31/10/11; 1/11/11 al 30/11/11 y 1/12/11 al 31/12/11.

31. El Contratista manifestó que el servicio se prestó hasta el 31 de diciembre de 2011, habiendo sido cancelados los servicios hasta el 30 de setiembre de 2011, por lo que adeudan el servicio por el periodo de octubre, noviembre y diciembre, debiéndose reconocer los respectivos intereses:

| | |
|-----------|---|
| Octubre | S/. 15,897.47 - Contractual S/. 1,371.24 - incremento de remuneraciones S/. 17,268.71 - Monto Total |
| Noviembre | S/. 15,897.47 - Contractual S/. 1,371.24 - incremento de remuneraciones S/. 17,268.71 - Monto Total |
| Diciembre | S/. 15,897.47 - Contractual S/. 1,371.24 - incremento de remuneraciones S/. 17,268.71 - Monto Total |

32. Por su parte, la Entidad manifiesta que se cumplió cabalmente con los pagos de abril, mayo, junio, julio y agosto y que su representada comprometió la Orden de Servicio N° 0001775-2011, por un monto de S/. 47,962.41, equivalente al pago de los meses de setiembre, octubre y noviembre; sin embargo, el Contratista no cumplió con remitir los documentos respectivos para el pago de los meses de octubre y noviembre. Asimismo, indica la Entidad que, a raíz de que tres trabajadores informaron sobre la falta de pago correspondiente al mes de noviembre, mediante Carta N° 382-2011/VIVIENDA-OGA notificada el 20 de diciembre de 2011, solicitó al Contratista que cumpla con acreditar el pago de las obligaciones laborales y tributarias de los meses setiembre, octubre, noviembre del 2011 y gratificaciones del mes de diciembre, bajo apercibimiento de resolver el Contrato.
33. En el presente caso, el Demandante señala que brindó los servicios de los meses de octubre, noviembre y diciembre y, por ende, corresponde el pago de dichos meses.
34. La Entidad manifiesta que mediante Memorándum 875-2011-VIVIENDA-PP de fecha 13 de diciembre de 2011, la Procuraduría Pública de dicha Entidad informó que el Contratista no habría cumplido con enviar los materiales de limpieza que mensualmente utilizan. Sobre el particular, el Árbitro Único conviene en indicar que dicho hecho, al haberse mantenido en una comunicación interna de la Entidad, no puede ser imputado al Contratista. Situación distinta hubiese sido si es que la Entidad, al advertir este supuesto incumplimiento contractual, hubiese requerido al Contratista su cumplimiento y éste haya mantenido su incumplimiento injustificadamente. Sin embargo, en el presente caso, el Memorándum 875-2011-VIVIENDA-PP no se exteriorizó hacia el Contratista, con lo cual la Entidad consintió que las prestaciones a cargo del Contratista estarían siendo cumplidas de manera correcta, es decir el servicio de limpieza contratado fue brindado por los meses de octubre, noviembre y

diciembre sin ningún inconveniente. Por lo anterior, un documento interno de la Entidad, como lo es el Memorándum 875-2011-VIVIENDA-PP de fecha 13 de diciembre de 2011, no desvirtúa que el servicio por los meses de octubre, noviembre y diciembre efectivamente se hayan realizado de la manera adecuada.

35. En vista de lo anterior, Árbitro Único verifica que sí se ha cumplido con brindar el servicio de limpieza en los meses de octubre, noviembre y diciembre de 2011, lo cual no ha sido negado ni objetado por la Entidad. En ese sentido, correspondería que la Entidad cumpla con efectuar el pago por los servicios de limpieza de los meses de octubre, noviembre y diciembre de 2011; pues el servicio fue efectivamente realizado conforme a lo establecido en el Contrato.
36. Ahora bien, la Entidad manifiesta que el Contratista no habría cumplido con el pago de sus obligaciones laborales de los meses de setiembre, octubre, noviembre y diciembre de 2011.
37. Considerando que la acreditación del pago de remuneraciones era un requisito para efectuar el pago de los servicios, conforme lo establecido en la cláusula cuarta del Contrato, el Árbitro Único verificará lo expuesto por la Entidad.

CLAUSULA CUARTA: FORMA DE PAGO

"VIVIENDA" se obliga a pagar la contraprestación a "EL CONTRATISTA" en nuevos soles, luego de la recepción formal y completa de la documentación, correspondiente, según lo establecido en el artículo 181º del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, para tal efectos, el responsable de dar la conformidad deberá hacerlo en un plazo que no excederá de los diez (10) días de ser éstos recibidos.

El pago del servicio de realizará de manera mensual, luego de ejecutado el servicio requerido, previa conformidad y aprobación del encargado del equipo de Servicios Generales de la Unidad de Abastecimiento de la Oficina General de Administración del MINISTERIO DE VIVIENDA, CONSTRUCCIÓN Y SANEAMIENTO.

De acuerdo con el artículo 176º del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, para efectos del pago de las contraprestaciones ejecutadas por "EL CONTRATISTA", es necesario contar con la documentación siguiente:

- a) Recepción y conformidad de los encargados de cada local, aprobada por el Área de Servicios Generales de la Unidad de Abastecimiento de la Oficina General de Administración del Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento.
- b) Factura correspondiente al mes en que se prestó el servicio.
- c) Copia de la Boleta de Pago que acredite el pago de las remuneraciones y de todos los derechos previsionales y laborales correspondientes a todos los trabajadores destacados al MVCS.
- d) Copia de Planilla e pago de aporte previsionales.
- e) Copia de comprobante de pago PDT SUNAT.



- f) Copia de PDT 0601 Planilla Electrónica debidamente pagado, En dicho documento deberá apreciarse claramente que los beneficiados con el pago es el personal destacado al MVCS.
- g) Copia de PDT 0610 Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo. En dicho documento deberá apreciarse claramente que los beneficiados con el pago es el personal destacado al MVCS.
- h) Pago del CTS cuando corresponda.
Los literales del c al h) están referidos al mes inmediatamente anterior al de la prestación. (...)
38. Considerando la norma antes citada, se advierte que una vez verificado los requisitos que van del a) al h) de dicha cláusula, corresponde que se efectúen los pagos por los servicios de los meses de octubre, noviembre y diciembre de 2011:
- Para el pago del servicio prestado en el mes de octubre:
Se deberá presentar la conformidad de servicio del mes de octubre
La Factura del mes de octubre.
Los documentos referidos en los numerales del c) al h) de la cláusula cuarta del Contrato, referente al mes de setiembre.
- Para el pago del servicio prestado en el mes de noviembre:
Se deberá presentar la conformidad de servicio del mes de noviembre.
La Factura del mes de noviembre.
Los documentos referidos en los numerales del c) al h) de la cláusula cuarta del Contrato, referente al mes de octubre.
- Para el pago del servicio prestado en el mes de diciembre:
Se deberá presentar la conformidad de servicio del mes de diciembre.
La Factura del mes de diciembre.
Los documentos referidos en los numerales del c) al h) de la cláusula cuarta del Contrato, referente al mes de noviembre.
39. Para el pago del mes de octubre, cabe indicar que, de la documentación que obra en el expediente, no obra documento alguno que acredite que el Contratista, en su oportunidad, presentó dicha documentación o que durante el desarrollo de las actuaciones arbitrales haya presentado la documentación necesaria para que el pago proceda conforme a lo establecido en la cláusula cuarta del Contrato. Sin embargo, teniendo en consideración que sí corresponde efectuar dicho pago en la medida que efectivamente se realizó el servicio en dicho mes, se deja a salvo el derecho del Contratista de requerir el pago por el servicio brindado en el mes de octubre de 2011, presentando la documentación a la que hace referencia la cláusula cuarta del Contrato.
40. Para el pago del mes de noviembre, cabe indicar que, en el presente caso la conformidad del servicio del mes de noviembre no se entregó en la oportunidad debida por causa atribuible a la Entidad. Es más, el Contrato se resolvió por la negativa de la Entidad en la entrega de dicha conformidad del servicio, resolución que ha quedado consentida. En vista de ello, es parecer del Árbitro Único que dicho requisito para el mes de noviembre ya no sea necesario ante la negativa de la Entidad en su entrega y consecuente resolución del Contrato por

dicho incumplimiento. En relación a los documentos referidos en los numerales del c) al h) de la cláusula cuarta del Contrato, referente a las obligaciones laborales del mes de octubre, el Árbitro Único advierte que mediante escrito presentado el 12 de diciembre de 2012, el Contratista manifestó adjuntar dicha documentación; sin embargo, de una revisión de dicha documentación se verifica que el Contratista no adjunta todos los documentos requeridos en la cláusula cuarta del Contrato. Sin embargo, teniendo en consideración que sí corresponde efectuar dicho pago en la medida que efectivamente se realizó el servicio en dicho mes, se deja a salvo el derecho del Contratista de requerir el pago por el servicio brindado en el mes de noviembre de 2011, presentando la documentación a la que hace referencia la cláusula cuarta del Contrato, a excepción de la conformidad del servicio.

41. Para el pago del mes de diciembre, el propio Contratista ha manifestado que no cuenta con la documentación requerida en la medida que dichos pagos fueron hechos en efectivo directamente a sus trabajadores o mediante depósitos en cuenta. Sobre el particular, cabe indicar que quien alega algo debe probarlo, en dicha medida, se advierte que el Contratista no adjunta medio probatorio alguno que acredite lo manifestado. Si bien en el presente caso no habría constancia de pago por haberse realizado en efectivo directamente a los trabajadores, sí deberían haber constancias de los depósitos efectuados en cuenta. En todo caso, lo que establece la cláusula cuarta del Contrato es la presentación de las copias de las boletas de los trabajadores, más no la forma en que se haya efectuado el pago. Sin embargo, teniendo en consideración que sí corresponde efectuar dicho pago en la medida que efectivamente se realizó el servicio en dicho mes, se deja a salvo el derecho del Contratista de requerir el pago por el servicio brindado en el mes de diciembre de 2011, presentando la documentación a la que hace referencia la cláusula cuarta del Contrato.
42. Por las consideraciones anteriores, el Árbitro Único determina que sí corresponde el pago por los servicios brindados en los meses de octubre, noviembre y diciembre de 2011, pues el servicio fue efectivamente prestado, debiendo presentarse los documentos pertinentes conforme lo establecido en los numerales 38, 39 y 40 del presente laudo.
43. Definido lo anterior, el Árbitro Único conviene en precisar que el Demandante, en su pretensión referida al pago de los servicios brindados, hace alusión sólo a los meses de octubre, noviembre y diciembre de 2011. Esto fue recogido en su demanda y en los puntos controvertidos. Sin embargo, luego, el Demandante hace alusión a que en el mes de setiembre tampoco se le habría reconocido el pago por los servicios brindados. No obstante lo anterior, el Demandante no reformuló su pretensión referida al pago por los servicios, ampliéndola al mes de setiembre, por lo que el Árbitro Único no puede pronunciarse al respecto.
44. Respecto al monto de S/. 1,371.24 por incremento de remuneraciones en los meses de octubre, noviembre y diciembre de 2011, cabe indicar que si bien el Contrato no señala nada al respecto, el incremento de remuneraciones se debe a un mandato legal -Decreto Supremo N° 011-2011-TR. En vista de ello, la Opinión N° 052-2011/DTN del OSCE señala que podrá modificarse el Contrato a



efectos de ajustar los pagos al Contratista con la finalidad de cumplir con la norma emitida. Siendo ello así, corresponde reconocer en los meses de octubre, noviembre y diciembre de 2011, el monto de S/. 1,371.24 por incremento de remuneraciones.

45. Finalmente, respecto a los intereses pretendidos, en primer lugar, corresponde determinar si se han devengado intereses, y de ser el caso, correspondería determinar cuál sería la tasa aplicable y desde cuándo debería imponerse la tasa contractual.

46. En este punto conviene citar ilustrativamente a los doctores Felipe Osterling Parodi y Mario Castillo Freyre²:

"(...) 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 principal, ni el objeto de su prestación, constituyen óbice para el cobro de los intereses". (El subrayado es nuestro)

47. El ordenamiento peruano ha establecido dos tipos de intereses: el interés compensatorio y el moratorio, así el artículo 1244º 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. El artículo 1245º señala que cuando deba pagarse interés sin haberse fijado la tasa, el deudor debe abonar el interés legal. El artículo 1246º añade que si no se ha convenido interés moratorio, el deudor sólo está obligado a pagar por causa de mora el interés compensatorio pactado y, en su defecto, el interés legal.

48. Respecto, de los intereses moratorios Fernández Fernández señala que "(...) los intereses moratorios vienen a ser aquellos que constituyen la manera de indemnizar supletoriamente al acreedor por el cumplimiento tardío de la obligación pecuniaria por parte del deudor, cubriendose de esta manera los daños y perjuicios ocasionados precisamente por efectos de la mora en el pago"³.

49. Asimismo, el artículo 1246º 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 legal⁴; tomando en cuenta que no se ha pactado ningún interés correspondería aplicar el Interés Legal.

² OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. "Compendio de Derecho de las Obligaciones". Lima: Palestra Editores, p.517.

³ FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, César, "Interés por Mora". En: Código Civil Comentado: comentan 209 especialistas en las diversas materias del derecho civil. Lima: Gaceta Jurídica, 2007, p. 418.

⁴ OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. "Compendio de Derecho de las Obligaciones". Lima: Palestra Editores, p.533.



50. En el presente caso nos encontramos ante la existencia de intereses moratorios, y no compensatorios. Debiendo aplicarse intereses moratorios, de acuerdo a las normas citadas, corresponde reconocer el interés legal.
51. 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 1334º del Código Civil, según el cual:
- "Artículo 1334º.- 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 (...)"*.
52. 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.
53. Por lo tanto, cuando el artículo 1334º 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. 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.
54. 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.
55. En consecuencia, el Árbitro Único considera que el Demandado debe pagar al Contratista intereses moratorios, con la tasa de interés legal, a partir de la fecha de notificación de la solicitud de arbitraje.
56. Por las razones expuestas, corresponde ordenar que la Entidad pague a favor del Contratista la suma de S/. 51,806.13, mas los respectivos intereses, a partir de la fecha de notificación de la solicitud de arbitraje, correspondiente a los servicios prestados y no pagados de los meses de octubre, noviembre y diciembre de 2011, debiendo presentar los documentos pertinentes conforme lo establecido en los numerales 38, 39 y 40 del presente laudo.

Determinar si corresponde o no ordenar que la Entidad pague a favor del demandante la suma de s/. 93,837.62, más los respectivos intereses, por concepto de daños y perjuicios derivados del lucro cesante, gastos contractuales, despido intempestivo y daños al prestigio e imagen.

57. A fin de poder resolver este extremo de la demanda, el Árbitro Único debe determinar primero si lo solicitado por el Demandante se ha generado de una



responsabilidad contractual o de una extracontractual, a efectos de poder resolver si se cumplieron con los requisitos de la responsabilidad civil correspondiente.

58. Como se tiene conocimiento, la responsabilidad contractual se activa ante la infracción de un contrato válido o, es aquella que resulta del incumplimiento de una obligación nacida de un contrato. Ésta comprende dos partes: Una de ellas es la reparación del daño y la segunda es la indemnización por los perjuicios ocasionados. Así, el artículo 1321º del Código Civil señala lo siguiente: "*Queda sujeto a la indemnización de daños y perjuicios quien no ejecuta sus obligaciones por dolo, culpa inexcusable o culpa leve*".
59. Asimismo, debe tenerse en cuenta que para que se configure la responsabilidad contractual, debe de cumplirse con lo siguiente: Primero, debe existir un contrato válidamente celebrado, el cual debe ser eficaz; segundo, debe producirse un incumplimiento absoluto o relativo de las obligaciones por parte del deudor, incumplimiento que debe ocasionar un daño; tercero, debe existir una relación de causalidad entre el incumplimiento del deudor y el daño ocasionado al acreedor; y cuarto, deben configurarse los factores de atribución subjetivos y objetivos.
60. En el caso de la responsabilidad extracontractual, ésta se determina cuando se produce un daño a un tercero con el cual no existe vínculo contractual. Así, los elementos de la responsabilidad civil extracontractual surgen de los sujetos de esta responsabilidad: la víctima, el perjudicado por el daño (o sus causahabientes); y el responsable, autor culpable o doloso de los hechos. El elemento objetivo lo configura el daño y el elemento subjetivo lo integra la culpa y la negligencia, el descuido, la ignorancia o la imprudencia sin deseo de causar el perjuicio.
61. Adicionalmente, es necesario señalar que para este tipo de responsabilidad debe haber primero un daño causado; segundo, la existencia de la relación de causalidad entre la conducta del agente y el daño causado a la víctima y los actos de atribución (subjetivos u objetivos).
62. Así tenemos que entre ambos tipos de responsabilidad civil es fundamental el daño (acto) causado. Si el daño causado no existe no hay responsabilidad contractual ni extracontractual, el daño es el que identifica las responsabilidades; en el campo extracontractual el daño es a cualquier persona, mientras en el contractual el daño es siempre al acreedor. Por otra parte, en la responsabilidad extracontractual se regula la doctrina de la reparación integral del daño que existe. Es por ello que en este campo se indemnizan todos los daños causados a la víctima; mientras que en el ámbito contractual no se reparan, en principio, todos los daños, solamente se reparan aquellos que sean consecuencia directa del incumplimiento del deudor.
63. Ahora bien, hay que tener presente que el monto indemnizatorio en el campo extracontractual no depende de la culpabilidad del autor del acto, mientras que en el campo contractual el monto depende del daño y la culpabilidad del



deudor, pues será mayor si es producto de culpa grave o dolo, y será menor si es producto de culpa leve.

64. Luego de haber señalado lo antes indicado, el Árbitro Único advierte que la pretensión indemnizatoria se configura en una responsabilidad civil contractual. En efecto, el Árbitro Único, luego de un análisis ha concluido que lo que el Demandante está pretendiendo es evidentemente una indemnización por los supuestos daños y perjuicios que le estaría ocasionando el proceder de la demandada; daños que, como se ha indicado, serían, de probarse, claramente originados por el incumplimiento de las obligaciones contenidas en el Contrato suscrito entre ambas partes –en el caso específico, por la no entrega de la conformidad del servicio.
65. Ahora bien, habiendo ya determinado que la presente solicitud de indemnización se genera por una supuesta responsabilidad civil contractual, queda por determinar quién debe probar el incumplimiento, el daño y si el mismo se encuentra probado en el presente proceso.
66. En esa línea, el artículo 1331º del Código Civil señala lo siguiente:

"La prueba de los daños y perjuicios y de su cuantía también corresponde al perjudicado por la inejecución de la obligación o por cumplimiento parcial, tardío o defectuoso".
67. Con lo antes trascrito, queda claro que quien tiene la carga de la prueba según el artículo 1331º del Código Civil, es quien afirma que ha sido perjudicado por la inejecución de la obligación contractual. Asimismo, se desprende del mismo artículo que quien solicita una indemnización debe probarlo. Así, y estando a lo indicado, queda claro, en primer término, que en el presente caso arbitral, quien tiene la carga de probar si se le provocó un daño por alguna inejecución en las obligaciones contractuales es el Demandante.
68. Ahora bien, en el presente proceso, el Demandante no ha probado suficientemente los daños o perjuicios sufridos, si bien existe un acto antijurídico, no se cumplido con demostrar el perjuicio o daño, la culpa y el nexo causal de la responsabilidad. En ese sentido, el Árbitro Único, considera que no corresponde que se reconozca en el presente proceso, el pago de daños y perjuicios. Respecto al lucro cesante y gastos contractuales, no se ha acreditado documentalmente que los gastos que habrían sido dejados de percibir, pues en dicho extremo sólo se efectúa un cálculo en su escrito de demanda sin mayor sustento. Asimismo, respecto al alegado despido intempestivo, no se ha acreditado que dicho corte de personal haya sido producto de la resolución del Contrato por la no entrega de la conformidad del servicio y tampoco se ha acreditado que efectivamente se realizó dicho pago.
69. Respecto al reconocimiento de una indemnización por daño a la imagen, se advierte que lo que pretende el Contratista es que se le indemnice por los daños y perjuicios generados por daño moral (daño a la imagen).



70. Como se determinó anteriormente, la resolución del Contrato efectuada por el Demandante fue acorde a derecho. Sin embargo, la pregunta está en si corresponde pagarle al Demandante una indemnización por daño moral.
71. Sobre el particular no existe un criterio unánime en la doctrina y en la jurisprudencia sobre si es posible que las personas jurídicas puedan ser susceptibles de daño moral en el Perú, conforme indica el propio Contratista en su escrito de demanda.
72. Del mismo modo la doctrina no acoge un criterio predominante en relación a la indemnización por daño moral e imagen, al respecto, el Dr. Leysser León Hilario señala que:

"En sentido estricto y propio, daño moral es un daño que no recae sobre ninguna cosa materia perteneciente al perjudicado, que no se advierte con los sentidos externos, sino que se siente interiormente, ya consista en una disminución de algo no material, ya consista en impedir la adquisición de bienes de índole moral, ya en la ofensa de afectos del alma internos, naturales y lícitos."⁵

73. Algunos consideran que la posibilidad de ser indemnizado con daño moral se desprende de la propia Constitución. El texto del artículo 3º de la Constitución Política del Perú de 1979 señalaba expresamente que la enumeración de los derechos fundamentales de la persona humana consagrados en el artículo 2º de dicha Constitución, regían también para las personas jurídicas, en cuanto le eran aplicables. Dicho texto no fue recogido en la vigente Constitución Política del Perú del año 1993. Pero para quienes sostienen que las personas jurídicas son susceptibles de sufrir daño moral, ello no significa que del Ordenamiento Jurídico peruano pueda extraerse una afirmación sobre la desprotección de los derechos de las personas jurídicas, respecto a ciertos derechos fundamentales que puedan considerarse como comunes a las personas humanas.
74. Esta discusión, se ha presentado ya en la doctrina y jurisprudencia italiana, por ejemplo, en donde se ha afirmado que "...si el Ordenamiento no consiente la reparación del daño moral cada vez que este se produce, determinándose como consecuencia negativa en el individuo, no estaría plenamente consentido el desarrollo de la personalidad humana con el consecuente contraste de la norma limitativa (...) que garantiza el pleno desarrollo de la persona humana...".⁶ Esta misma afirmación puede defenderse respecto a la Constitución Política del Perú de 1993, en donde en el artículo 2º, numeral 1), se protege el derecho de toda persona a su libre desarrollo, razón por la cual podría afirmarse, aun bajo la Constitución peruana de 1993, la tutela constitucional del daño moral; máxime, si también existen los artículos 1322º y 1985º del Código Civil, que han

⁵ LEÓN HILARIO, Leysser. Funcionalidad del "daño moral" e inutilidad del "daño a la persona" en el derecho civil peruano

⁶ CRICENTI, Giuseppe. "Il Danno non Patrimoniale". Casa Editrice Dott. Antonio Milani-Cedam. Padova. Italia. 1999. Pág. 116.



admitido como resarcible, entre otros, el daño moral, sin distinguir entre los sujetos titulares de la acción resarcitoria.

75. En esta línea los defensores de la posibilidad de que las personas jurídicas reclamen daño moral señalan que, si bien es cierto, en un inicio, la teoría tradicional de la responsabilidad civil pretendió negar su resarcimiento, bajo el entendido que el daño moral significaba afectación a la intimidad, sentimientos y afectos de un individuo, retratándose como "*el precio del dolor*", afirmándose que las personas jurídicas no pueden "sufrir" como las personas físicas y, por ende, no pueden sufrir dolor por cualquier ofensa a su reputación⁷, cierta doctrina contemporánea es proclive a afirmar el resarcimiento del daño moral a las personas jurídicas, ya que "...no sólo el dolor es objeto de tutela en la forma del daño moral, toda vez que cualquier impedimento o privación de la satisfacción en la realización de los propios fines puede constituir daño moral..."⁸, presentándose una ampliación del área del daño no patrimonial, abarcando éste derecho tales como el honor, la reputación, la propia imagen, el nombre y la reserva, cuya lesión puede ser sufrida por cualquier tipo de persona, incluidas las personas jurídicas y los entes de hecho⁹.
76. Empero, incluso para estas posiciones, el daño moral deberá ser probado en su "*quid*", esto es, como lesión a un interés tutelado, acreditándose la existencia del daño, sin perjuicio de la estimación que pueda realizarse del mismo, para su cuantía. Ello significa que sin perjuicio de las dificultades de probar su cuantía, el artículo 1332º del Código Civil no libera al demandante de probar al menos su existencia.
77. Sin embargo, el Árbitro Único tiene una aproximación distinta al problema y considera que el daño moral no es indemnizable en la persona jurídica. Así, de acuerdo con De Trazegnies, el daño moral es aquél que no tiene ningún contenido patrimonial¹⁰. En ese sentido, el daño moral está constituido por el daño a los afectos, dentro del cual se incluyen el dolor físico así como el sufrimiento emocional.
78. Asimismo, se considera que no debe por tanto confundirse la afectación de un derecho subjetivo con la posibilidad de que se indemnice el daño moral. El que una persona jurídica tenga derecho al honor y a la buena reputación, no implica que pueda sufrir dolor cuando este derecho es afectado. Podrá sin duda reclamar por la afectación patrimonial que puede reflejarse como pérdidas de ventas o de oportunidades de negocio generadas por su pérdida de reputación,

⁷ SCOGNAMIGLIO, Renato. "El Daño Moral". Traducción de la edición italiana por Fernando Hinestrosa. Universidad Externado de Colombia. Santa Fe de Bogotá. Colombia. 1962. Págs. 81 y 82.

⁸ FRANZONI, Massimo. "Il Danno alla Persona". Giuffrè Editore S.p.A.. Milano. Italia. 1995. Pág. 616.

⁹ Véase, por todos, para la admisibilidad del resarcimiento del daño moral a las personas jurídicas: FROSALI, Raul. "Reato, Danno e Sancioni". Casa Editrice Dott. Antonio Milani-Cedam. Padova. Italia. 1932. Pág. 71; MONTEL, Alberto. "Problemi della Responsabilità Civile e del Danno". Casa Editrice Dott. Antonio Milani-Cedam. Padova. Italia. 1971. Págs. 91 y 92; FRANZONI, Massimo. "Il Danno alla Persona". Ob. Cit. Págs. 615 y ss.; CRICENTI, Giuseppe. Ob. Cit. Págs. 333 y ss.; BREBBIA, Roberto. "El Daño Moral". 2ª edición. Librería y Editorial Orbir. Rosario. Argentina. 1967. Págs. 244 y ss.; ZANNONI, Eduardo. Ob. Cit. Págs. 446 y ss.; y FELIU REY, Manuel Ignacio. "¿Tienen honor las personas jurídicas?". Editorial Tecnos S.A.. Madrid. España. 1990. Págs. 10 y ss.

¹⁰ DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. "La Responsabilidad Extracontractual". En: Biblioteca Para Leer el Código Civil. Vol IV. Tomo II. Lima: Fondo Editorial PUCP. 5ta. edición. Lima. Perú. 1995. Pág. 94.

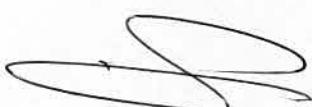
cosa que en este caso no ha sido objeto de reclamo por parte del demandante. La afectación al honor o a la privacidad o a otros derechos de la personalidad es jurídicamente tutelable, incluso indemnizable. Lo que no puede ocurrir es que los afectos de la persona jurídica hayan sufrido afectación alguna.

79. Por otro lado, admitir la indemnización por daño moral, no permitiría diferenciar la indemnización de otros conceptos que se derivan de la afectación de ciertos derechos como pueden ser daño emergente y lucro cesante. Ampliar las vagas y poco precisas fronteras del daño moral sería solo expandir la incertidumbre a él. Así, los daños que se pudieran causar resultarían menos predecibles para el agente, lo que podría generar incertidumbre respecto a indemnizar un daño incierto e impreciso y desincentivaría sin justificación las actividades económicas y la acción humana en general.
80. En el presente caso, el Contratista solicita una indemnización por daño moral. El Árbitro Único es de la opinión que una persona jurídica no es susceptible de sufrir un daño moral, dado que no puede sufrir dolor físico ni aflicciones de carácter emocional. Esta posición es sostenida por parte importante de la doctrina.
81. Así, por ejemplo, Scognamiglio señala que:

"Si se tiene firme la noción técnica y más segura del daño moral, como sensación afflictiva conexa a ciertos agravios, ya desde el primer vistazo se muestra imposible la concepción de un daño moral a la persona jurídica, que careciendo de personalidad psicofísica, ciertamente no podrá sufrir dolor por cualquier ofensa a su reputación. Tampoco nos parece plausible el intento de algunos autores por superar el obstáculo ampliando la noción de daño moral para cobijar a las personas jurídicas. Se ha dicho en tal sentido que el dolor no es una forma única de daño no patrimonial (moral), el que se identificaría también con algunas privaciones o impedimentos para la satisfacción de un interés, con la consiguiente traba del sujeto para alcanzar sus posibles fines. Tal concepción no alcanza en verdad a resolver todas las dudas, tanto menos cuanto se pone en evidencia su razón de comodidad y carácter del todo apriorístico: propone una configuración del daño moral vaga y genérica en demasía, desconectada por completo con la tradición y la realidad jurídica y no constituye adelanto alguno con relación al concepto prevaleciente del daño moral como dolor, padecimiento espiritual, etc. Definitivamente ha de convenirse en que la reparación por daños morales pertenece sólo a las personas físicas. Esta solución no se considerará injusta por quien tenga siempre presente el carácter esencialmente compensatorio de la pretensión, que como tal obviamente no podrá hacerse valer cuando el daño que haya de repararse no se produjo, en el caso concreto, el dolor del lesionado"¹¹.

82. De cualquier manera, con prescindencia de la discrepancia que pudiera existir en la doctrina respecto a la forma de resarcimiento del daño moral en las personas jurídicas y sus consecuencias, en el caso materia del presente arbitraje, el Árbitro Único ha apreciado que lo que reclama el Contratista por

¹¹ SCOGNAMIGLIO, Renato. "El Daño Moral". Ob. Cit. Pág. 82.



daño moral, radica en realidad en la presunta lesión a su propia imagen, reputación o prestigio comercial, los cuales equiparan al concepto de honor en las personas naturales. Sin embargo, se considera que en el expediente no obra prueba alguna que acredite que los hechos imputados a la Entidad hayan ocasionado, en términos causales, un daño al prestigio del Contratista.

83. Asimismo, respecto a lo alegado por el Contratista en cuanto a que la sentencia del Tribunal Constitucional STC 0905-2001-AA -que indicaría que las empresas pueden reclamar una indemnización por daño moral- es obligatoria y vinculante en toda instancia, el Árbitro Único conviene en indicar que, conforme lo señalado por el Código Procesal Constitucional, para que una sentencia del Tribunal Constitucional constituya precedente vinculante, debe adquirir la autoridad de cosa juzgada y la misma sentencia debe señalar que constituye precedente vinculante precisando el extremo de su efecto normativo.
84. En consecuencia, de acuerdo a los fundamentos expuestos, el Árbitro único considera que no corresponde que el Ministerio pague al Demandante por concepto de indemnización por daño a la imagen.
85. Por las consideraciones anteriores, no corresponde que la Entidad pague a favor del Demandante la suma de S/. 93,837.62, más los respectivos intereses, por concepto de daños y perjuicios derivados del lucro cesante, gastos contractuales, despido intempestivo y daños al prestigio e imagen.

De la Reconvención

Determinar si corresponde o no declarar la validez y eficacia de la resolución del Contrato N° 011-2011-VIVIENDA-OGA-UE.001 efectuada por la Entidad.

86. Habiéndose determinado que la resolución del Contrato efectuada por el Contratista quedó consentida y que la resolución efectuada por la Entidad carece de valor, corresponde declarar infundada la presente pretensión por los fundamentos expuestos en los numerales que van del 6 al 28 del presente laudo.

Determinar si corresponde o no declarar inválida e ineficaz la resolución de Contrato N° 011-2011-VIVIENDA-OGA-UE.001 efectuada por el demandante.

87. Asimismo, habiéndose determinado que la resolución del Contrato efectuada por el Contratista quedó consentida y que la resolución efectuada por la Entidad carece de valor, corresponde declarar infundada la presente pretensión por los fundamentos expuestos en los numerales que van del 6 al 28 del presente laudo.

Pretensión común

Determinar a quién y en qué proporción corresponde el pago de los gastos arbitrales, costas y costos resultantes del arbitraje.



88. El numeral 1) del artículo 72º del Decreto Legislativo N° 1071 dispone que los árbitros se pronunciarán en el laudo arbitral sobre los costos indicados en el artículo 70º del citado cuerpo legal. Asimismo, el numeral 1) del artículo 73º señala que los árbitros deben tener presente, de ser el caso, lo pactado en el convenio arbitral; además, tal norma legal establece que si el convenio arbitral no contiene pacto alguno sobre los gastos, los costos del arbitraje serán de cargo de la parte vencida; sin embargo, los árbitros podrán distribuir y prorratear estos costos entre las partes, si estiman que el prorrateo es razonable, teniendo en cuenta las circunstancias del caso.
89. En el presente caso no se ha establecido pacto alguno acerca de los costos y costas del arbitraje. Atendiendo a esta situación, corresponde que el Árbitro Único se pronuncie sobre este tema de manera discrecional y apelando a su debida prudencia.
90. Considerando el resultado del arbitraje que en puridad, desde el punto de vista del Árbitro Único, no puede afirmarse que existe una "parte perdedora", en vista de que ambas partes tuvieron motivos suficientes y atendibles para litigar, habida cuenta de que debían defender sus pretensiones, atendiendo al buen comportamiento procesal de las partes y a la incertidumbre jurídica que existía entre ellas, corresponde disponer que cada de una de las partes asuma los costos del presente arbitraje; en consecuencia, cada parte debe asumir el pago de la mitad de los gastos arbitrales decretados en este arbitraje (entiéndase los honorarios del Árbitro Único y de la Secretaría Arbitral); así como los costos y costas en que incurrieron o debieron de incurrir como consecuencia del presente arbitraje.

Por las consideraciones que preceden, de conformidad con las disposiciones legales que han sido citadas y de acuerdo con lo establecido por la Ley de Arbitraje – Decreto Legislativo N° 1071, el Árbitro Único **LAUDA DECLARANDO**

PRIMERO: FUNDADA la primera pretensión de la demanda y, en consecuencia, **DECLARAR** consentida la resolución del Contrato N° 011-2011-VIVIENDA-OGA-UE.001 planteada por el Contratista mediante Carta Notarial de fecha 27 de diciembre de 2011, recibida por la Entidad el 28 de diciembre de 2011.

SEGUNDO: FUNDADA la segunda pretensión de la demanda y, en consecuencia, **DECLARAR** extemporánea e ineficaz la resolución del Contrato N° 011-2011-VIVIENDA-OGA-UE.001 efectuada por la Entidad mediante Carta Notarial 414-2011-VIVIENDA-OGA de fecha 29 de diciembre de 2011, recibida por el Contratista el mismo día.

TERCERA: FUNDADA la tercera pretensión de la demanda y, en consecuencia, **ORDENAR** que la Entidad cumpla con devolver al Contratista la Carta Fianza N° 0011-384-98-00155041 extendida por el Banco Continental a favor de la Entidad, ascendente a la suma S/. 19, 184.96.

CUARTA: FUNDADA la cuarta pretensión de la demanda y, en consecuencia, **ORDENAR** que la Entidad pague a favor del Contratista la suma de S/.51,806.13, mas los respectivos intereses, a partir de la fecha de notificación de la solicitud de arbitraje,

correspondiente a los servicios prestados y no pagados de los meses de octubre, noviembre y diciembre, debiendo presentar los documentos pertinentes conforme lo establecido en los numerales 38, 39 y 40 del presente laudo.

QUINTA: INFUNDADA la quinta pretensión de la demanda referida al pago de una indemnización por concepto de daños y perjuicios.

SEXTA: INFUNDADA la sexta pretensión de la demanda referida a que el Ministerio pague las costas y costos del presente arbitraje.

SÉTIMA: INFUNDADA la primera pretensión reconvenida referida a la declaración de la validez y eficacia de la resolución del Contrato N° 011-2011-VIVIENDA-OGA-UE.001 efectuada por la Entidad.

OCTAVA: INFUNDADA la segunda pretensión reconvenida referida a la declaración de la invalidez e ineeficacia de la resolución de Contrato N° 011-2011-VIVIENDA-OGA-UE.001 efectuada por el Contratista.

NOVENA: DECLARAR que no hay condena de costos en el presente arbitraje, debiendo cada una de las partes asumir en proporciones iguales los gastos arbitrales (honorarios de Tribunal Arbitral, de Secretaría Arbitral y gastos administrativos); así como los costos que fueron irrogados por cada una de las partes para hacer valer sus derechos.

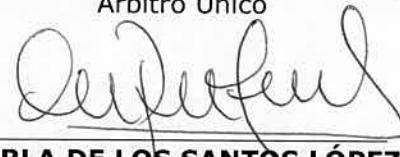
DÉCIMO: DISPÓNGASE que la Secretaría Arbitral remita una copia del presente laudo al Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado para su correspondiente publicación, conforme a lo dispuesto en el artículo 52º de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobada mediante Decreto Legislativo N° 1017.

Notifíquese a las partes conforme a derecho.



PATRICK HURTADO TUEROS

Árbitro Único



CARLA DE LOS SANTOS LÓPEZ

Secretaria Arbitral