

LAUDO ARBITRAL DE DERECHO

Laudo de Derecho dictado por el Tribunal Arbitral presidido por Armando Rafael Prieto Hormaza e integrado por Silvia Regina Palacios Torres y Gerardo Zenón Porras Dolorier (en adelante, en conjunto, el Tribunal Arbitral o Tribunal, indistintamente), en la controversia surgida entre Cemento y Materiales de Construcción S.R.L. (en adelante, el Contratista), de una parte; y, de la otra, la Municipalidad Distrital de Caja (en adelante, la Entidad).

Resolución N° 05

Huancayo, 18 de marzo de 2014.

I. ANTECEDENTES:

1. Convenio arbitral:

El Convenio Arbitral está constituido por la Cláusula Décimo Quinto del Contrato N° 023-2010/MDC, cuyo objeto es la adquisición de cemento Portland tipo I x 4.25 Kg. para la obra "Construcción e implementación de infraestructura en la Institución Educativa Coras-Pomacancha". En dicha cláusula las partes acuerdan expresamente que cualquier controversia que surja desde la celebración de dicho Contrato será resuelta mediante arbitraje de derecho, conforme a las disposiciones de la Ley de Contrataciones del Estado (en adelante, la "Ley") y su Reglamento.

2. Sede del tribunal:

Las instalaciones de la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Huancayo, sito en la avenida Giráldez N° 634 de la ciudad de Huancayo, departamento de Junín, República del Perú.

3. Hechos del caso:

Se describen los hechos del presente caso en el siguiente orden:

A. Que, con fecha 10 de abril de 2010 el Comité Especial adjudicó la buena pro a favor de Cemento y Materiales de Construcción S.R.L. para la adquisición de cemento Portland tipo I x

4.25 Kg. para la obra "Construcción e implementación de infraestructura en la Institución Educativa Coras-Pomacancha" (en adelante, el Contrato).

B. Que, con fecha 26 de abril de 2010 las partes suscriben el Contrato N° 023-2010/MDC, cuyo objeto es la adquisición de cemento Portland tipo I x 4.25 Kg. para la obra "Construcción e implementación de infraestructura en la Institución Educativa Coras-Pomacancha", por un monto total de S/.299,904.00.

4. Hechos del presente arbitraje:

Los hechos más resaltantes en el presente proceso arbitral se desarrollaron de la siguiente manera:

A. Que, con fecha 18 de marzo de 2013, mediante escrito, el Contratista solicita el inicio de las actuaciones arbitrales ante la Corte de arbitraje de la Cámara de Comercio de Huancayo, designado como árbitro al señor Gerardo Zenón porras Dolorier.

B. Que, con fecha 14 de mayo de 2013, mediante escrito, la Entidad solicita la prórroga del plazo para la designación del árbitro correspondiente quien integrará el Tribunal Arbitral colegiado.

C. Que, con fecha 15 de julio de 2013, mediante Resolución N° 008-2013-P/CSA, el Consejo Superior de Arbitraje de la Corte de Arbitraje procedió a designar residualmente al árbitro no designado por la Entidad, recayendo dicho encargo en la señora Silvia Regina Palacios Torres.

D. Que, con fecha 17 de julio de 2013, mediante escrito, el señor Gerardo Zenón Porras Dolorier acepta el encargo de árbitro integrante del Tribunal Arbitral colegiado.

E. Que, con fecha 26 de julio de 2013, mediante escrito, la señora Silvia Regina Palacios Torres acepta el encargo de árbitro integrante del Tribunal Arbitral colegiado.

G. Que, con fecha 01 de agosto de 2013, mediante escrito, los señores Gerardo Zenón Porras Dolorier y Silvia Regina Palacios Torres proceden a la designación del tercer árbitro y Presidente del Tribunal Arbitral colegiado, recayendo el encargo en el señor Armando Rafael Prieto Hormaza.

H. Que, con fecha 13 de agosto de 2013, mediante escrito, el señor Armando Rafael Prieto Hormaza acepta el encargo de tercer árbitro y Presidente del Tribunal Arbitral colegiado.

- I. Que, con fecha 27 de agosto de 2013, mediante acta, se consigna la realización de la Instalación del Tribunal Arbitral.
- J. Que, con fecha 10 de setiembre de 2013, mediante escrito, el Contratista formula su demanda.
- K. Que, con fecha 11 de setiembre de 2013, mediante Resolución N° 01, el Tribunal Arbitral admite a trámite la demanda presentada por el Contratista, da traslado de la misma a la Entidad para su absolución y requiere a la misma al pago de los costos arbitrales.
- L. Que, con fecha 11 de noviembre de 2013, mediante resolución N° 02, el tribunal declara la renuencia de la Entidad al no contestar la demanda, tiene por pagados los costos arbitrales por parte del Contratista, otorga un plazo a las partes para que formulen sus propuestas de puntos controvertidos y cita a las partes a la realización de la Audiencia de Conciliación, Fijación y Determinación de Puntos controvertidos, Admisión de Medios Probatorios y Actuación de Pruebas.
- M. Que, con fecha 22 de noviembre de 2013, mediante escrito, el Contratista presenta su propuesta de puntos controvertidos.
- N. Que, con fecha 22 de noviembre de 2013, mediante acta, se consigna la realización de la Audiencia de Conciliación, Fijación y determinación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios.
- N. Que, con fecha 18 de diciembre de 2013, mediante Resolución N° 03, el Tribunal tiene por actuados y merituados los medios probatorios ofrecidos en el desarrollo del proceso.
- O. Que, con fecha 29 de enero de 2014, mediante Resolución N° 04, el Tribunal declara el cierre de la etapa probatoria y fija el plazo para laudar.

II. **ANÁLISIS DE LOS PUNTOS CONTROVERTIDOS:**

1. **Primer punto controvertido:**

“Determinar si corresponde o no ordenar a la Municipalidad Distrital de Caja el pago a favor de Cemento y Materiales de Construcción S.R.L. de la suma de S/.49,344.00 (Cuarenta y nueve mil trescientos cuarenta y cuatro con 00/100 Nuevos soles) por concepto de contraprestación en la ejecución del Contrato N° 023-2010/MDC del 26 de abril de 2010.”

A. Posición del Contratista:

a. Conforme a la cláusula segunda del Contrato, se cumplió con la totalidad de las prestaciones a su cargo, tal y como lo demuestran los documentos ofrecidos como medios probatorios durante el desarrollo del proceso arbitral, los mismos que han sido emitidos tanto por el Contratista, los funcionarios de la entidad y del Gobierno Regional de Huancavelica.

B. Posición de la Entidad:

a. No existe alegación alguna.

C. Decisión del Tribunal Arbitral:

a. Según lo señalado por el artículo 176° del Reglamento¹, para el caso de la contratación de bienes, éstos deberán ser recepcionados y declarados conformes por el funcionario respectivo.

¹ **Artículo 176°.- Recepción y conformidad**

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

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

Tratándose de órdenes de compra o de servicio, derivadas de Adjudicaciones de Menor Cuantía distintas a las de consultoría y ejecución de obras, la conformidad puede consignarse en dicho documento.

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

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

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

b. La recepción es el acto por el cual la Entidad se hace de los bienes entregados por el Contratista, procediendo a un breve examen de cuantificación de los mismos, declarando su voluntad de haberlos recibidos en el documento correspondiente.

c. Por su parte, la conformidad es la actuación por la cual la Entidad verifica la prestación, teniendo en consideración criterios de calidad, cantidad, condiciones contractuales y de realización de las pruebas que fuesen necesarias², la misma que debe otorgarse dentro del plazo que establezca el Contrato.

d. Es importante precisar que conforme a lo dispuesto por la cláusula segunda del Contrato, el objeto de la obligación a cargo del Contratista es la prestación de dar 14,200 bolsas de cemento Portland tipo I x 42.5 Kg., por lo que la pretensión acumulada respecto del pago de las 30,000 tejas artesanales no obstante haberse acreditado objetivamente su entrega, recepción y conformidad no puede ser considerada en el presente Laudo, toda vez que conforme prescribe el Art. 229 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, no es posible acumular en un solo proceso pretensiones surgidas de dos contratos distintos, a menos que la Entidad haya convenido expresamente con tal acumulación de pretensiones, situación que no ha ocurrido en el presente caso.

Nos explicamos mejor.

El convenio arbitral contenido en la cláusula décima quinta del Contrato, concordante con lo señalado en el artículo 52° de la Ley, ampara las controversias generadas a raíz de la interpretación y/o ejecución del contrato. Siendo el objeto del contrato la adquisición solamente de cemento, cualquier prestación diferente a dicho objeto no se encuentra bajo los alcances de la arbitrabilidad objetiva del convenio arbitral, en consecuencia, el Tribunal Arbitral carece de competencia para pronunciarse respecto de una materia que resulta ser inarbitrable, no por mandato legal, sino porque no es alcanzada por los efectos positivos del convenio arbitral.

² Álvarez Pedroza, Alejandro, *Comentarios a la Nueva Ley y Reglamento de Contrataciones del Estado*, Tomo II, Lima: 2009, Instituto Pacífico, pp. 1195 y 1196.

e. Ahora bien, para el caso de la recepción de los bienes contratados, en la revisión de los actuados se advierte la existencia de las guías de remisión N° 5243, 5257 y 5264, que en su conjunto hacen 1200 bolsas de cemento a las que hace referencia el Contratista en su demanda. Si bien dichas guías no se encuentran con la rúbrica de recepción del funcionario correspondiente, son el Informe N° 015-2010/GUMB-RO/MDC/CIECP, de fecha 29 de diciembre de 2010 (que reconoce la recepción de los bienes y la obligación de pago por parte de la Entidad), el Informe N° 061-2012/GOB.REG.HVCA/GGR-ORSyL-ehv, de fecha 21 de diciembre de 2012 (que reconoce la recepción de los bienes y la obligación de pago por parte de la Entidad) y el Compromiso suscrito entre el representante el Contratista y la Entidad (representada por su Gerente Municipal) del 12 de julio de 2012 (que reconoce la obligación sostenida con el Contratista) los que determinan el reconocimiento de la obligación a cargo de la Entidad.

f. En ese orden de ideas, la documentación obrante en el expediente arbitral nos genera certeza de la recepción de los bienes remitidos por el Contratista, asimismo, la ausencia de observación alguna a la prestación ejecutada nos encamina a asumir la conformidad sobre los mismos, lo cual genera el derecho al cobro por parte del Contratista conforme a lo dispuesto por el artículo 177° del Reglamento³.

g. No obstante, hemos de precisar que la acreencia del Contratista se limita solamente a las 1,200 bolsas de cemento suministradas a la Entidad, las cuales deberán ser multiplicadas por el valor unitario dispuesto en la cláusula tercera del Contrato. Así tenemos:

Cantidad	Descripción	Precio unitario (S/.)	Total a pagar (S/.)
1,200	Cemento Portland tipo I x 42.5	21.12	25,344.00

³ **Artículo 177°.- Efectos de la conformidad**

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

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

	Kg.		
--	-----	--	--

h. En consideración a lo expuesto, se conviene en declarar fundada en parte la primera pretensión demandada, precisando que el pago que deba hacer la Entidad sólo se reduce a la prestación objeto del Contrato.

2. Segundo punto controvertido:

“Determinar si corresponde o no ordenar a la Municipalidad Distrital de Caja la devolución a favor de Cemento y Materiales de Construcción S.R.L. la suma de S/.6,834.78 (Seis mil ochocientos treinta y cuatro con 78/100 Nuevos Soles) por concepto de retención del fondo de garantía del fiel cumplimiento del Contrato N° 023-2010/MDC del 26 de abril de 2010.”

A. Posición del Contratista:

a. En vista al cumplimiento total de las prestaciones a cargo emanadas del Contrato, corresponde la devolución del monto retenido como garantía por el fiel cumplimiento del Contrato, conforme a la normativa en contrataciones públicas.

B. Posición de la Entidad:

a. No existe alegación alguna.

C. Decisión del Tribunal Arbitral:

a. Conforme lo dispone el artículo 158° del Reglamento⁴, el Contratista se encuentra obligado a garantizar la ejecución de sus prestaciones con el otorgamiento de una garantía de fiel cumplimiento, ascendente al 10% del monto contractual⁵.

⁴ **Artículo 158°.- Garantía de fiel cumplimiento**

Como requisito indispensable para suscribir el contrato, el postor ganador debe entregar a la Entidad la garantía de fiel cumplimiento del mismo. Esta deberá ser emitida por una suma

En el presente caso, el Contratista se adhirió al régimen de las micro y pequeñas empresas, habiéndosele retenido el 10% del monto de contraprestación hasta el cumplimiento efectivo de la totalidad del contrato.

equivalente al diez por ciento (10%) del monto del contrato original y tener vigencia hasta la conformidad de la recepción de la prestación a cargo del contratista, en el caso de bienes y servicios, o hasta el consentimiento de la liquidación final, en el caso de ejecución y consultoría de obras.

De manera excepcional, respecto de aquellos contratos que tengan una vigencia superior a un (1) año, previamente a la suscripción del contrato, las Entidades podrán aceptar que el ganador de la Buena Pro presente la garantía de fiel cumplimiento y de ser el caso, la garantía por el monto diferencial de la propuesta, con una vigencia de un (1) año, con el compromiso de renovar su vigencia hasta la conformidad de la recepción de la prestación o exista el consentimiento de la liquidación del contrato.

⁵ La garantía debe reunir los requisitos de la Ley de Contrataciones del Estado, a decir:

Artículo 39°.- Garantías

Las garantías que deberán otorgar los postores y/o contratistas, según corresponda, son las de seriedad de oferta, fiel cumplimiento del contrato, por los adelantos y por el monto diferencial de propuesta; sus modalidades, montos y condiciones serán regulados en el Reglamento.

Las garantías que acepten las Entidades deben ser incondicionales, solidarias, irrevocables y de realización automática en el país al solo requerimiento de la respectiva Entidad, bajo responsabilidad de las empresas que las emiten, las mismas que deberán estar dentro del ámbito de supervisión de la Superintendencia de Banca y Seguros y Administradoras de Fondos de Pensiones o estar consideradas en la última lista de bancos extranjeros de primera categoría que periódicamente publica el Banco Central de Reserva del Perú.

En virtud de la realización automática, a primera solicitud, las empresas emisoras no pueden oponer excusión alguna a la ejecución de las garantías debiendo limitarse a honrarlas de inmediato dentro del plazo máximo de tres (3) días. Toda demora generará responsabilidad solidaria para el emisor de la garantía y para el postor o contratista, y dará lugar al pago de intereses en favor de la Entidad.

El Reglamento señalará el tratamiento a seguirse en los casos de contratos de arrendamiento y de aquellos donde la prestación se cumpla por adelantado al pago.

En los contratos periódicos de suministro de bienes o de prestación de servicios, así como en los contratos de ejecución y consultoría de obras que celebren las Entidades con las Micro y Pequeñas Empresas, éstas últimas podrán otorgar como garantía de fiel cumplimiento el diez por ciento (10%) del monto total a contratar, porcentaje que será retenido por la Entidad.

En el caso de los contratos para la ejecución de obras, tal beneficio sólo será procedente cuando:

- a) Por el monto, el contrato a suscribirse corresponda a un proceso de selección de adjudicación de menor cuantía, a una adjudicación directa selectiva o a una adjudicación directa pública;
- b) El plazo de ejecución de la obra sea igual o mayor a sesenta (60) días calendario; y,
- c) El pago a favor del contratista considere, al menos, dos (2) valorizaciones periódicas en función del avance de la obra.

Sin perjuicio de la conservación definitiva de los montos retenidos, el incumplimiento injustificado por parte de los contratistas beneficiados con lo dispuesto en el presente artículo, que motive la resolución del contrato, dará lugar a la inhabilitación temporal para contratar con el Estado por un período no menor a un (1) año ni mayor a dos (2) años.

Es de precisar que la finalidad de la garantía de fiel cumplimiento del contrato es el aseguramiento del adecuado cumplimiento de las prestaciones a cargo del Contratista, caso contrario, dicha garantía podrá ser ejecutada a manera de resarcimiento por los daños causados, sin perjuicio de la demanda por indemnización por daños y perjuicios a favor de la Entidad si la cuantificación de los daños sobrepasase el monto garantizado.

Así bien, conforme al artículo 164° del Reglamento⁶, la única forma de ejecutar tiene como causal la previa resolución del contrato y su consentimiento al no haberse iniciado los procedimientos dispuestos en el artículo 52° de la Ley⁷.

Ahora, del estudio de los actuados no se advierte que el Contratista se haya ajustado a la causal señalada en el Reglamento, por lo que la Entidad se encuentra obligada a devolver el

⁶ **Artículo 164°.- Ejecución de garantías**

Las garantías se ejecutarán a simple requerimiento de la Entidad en los siguientes supuestos:

1. Cuando el contratista no la hubiere renovado antes de la fecha de su vencimiento. Contra esta ejecución, el contratista no tiene derecho a interponer reclamo alguno.

Una vez culminado el contrato, y siempre que no existan deudas a cargo del contratista, el monto ejecutado le será devuelto a éste sin dar lugar al pago de intereses. Tratándose de las garantías por adelantos, no corresponde devolución alguna por entenderse amortizado el adelanto otorgado.

2. La garantía de fiel cumplimiento y la garantía adicional por el monto diferencial de propuesta se ejecutarán, en su totalidad, sólo cuando la resolución por la cual la Entidad resuelve el contrato por causa imputable al contratista, haya quedado consentida o cuando por laudo arbitral consentido y ejecutoriado se declare procedente la decisión de resolver el contrato. El monto de las garantías corresponderá íntegramente a la Entidad, independientemente de la cuantificación del daño efectivamente irrogado.

3. Igualmente, la garantía de fiel cumplimiento y, de ser necesario, la garantía por el monto diferencial de propuesta, se ejecutarán cuando transcurridos tres (3) días de haber sido requerido por la Entidad, el contratista no hubiera cumplido con pagar el saldo a su cargo establecido en el acta de conformidad de la recepción de la prestación a cargo del contratista, en el caso de bienes y servicios, o en la liquidación final del contrato debidamente consentida o ejecutoriada, en el caso de ejecución de obras. Esta ejecución será solicitada por un monto equivalente al citado saldo a cargo del contratista.

⁷ **Artículo 52°.- Solución de controversias**

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

(...)

fondo de retención a manera de garantía de fiel cumplimiento máxime si las prestaciones a cargo del Contratista han sido recepcionadas y declaradas conforme para todos los efectos de lo dispuesto en el artículo 177° del Reglamento⁸.

En tal sentido, el Tribunal conviene en declarar fundada la pretensión referida al punto controvertido en análisis, en consecuencia debe ordenarse a la Entidad la devolución del monto retenido.

Debe precisarse que, en cuanto a la condena de intereses del monto retenido, éste será analizado en el siguiente punto controvertido, toda vez de que el monto de retención forma parte del fondo de contraprestación, por lo que la aplicación de intereses legales al monto contractual adeudado al Contratista necesariamente incluye el concepto de la garantía de fiel cumplimiento.

3. Tercer punto controvertido:

“Determinar si corresponde o no ordenar a la Municipalidad Distrital de Caja el pago a favor de Cemento y Materiales de Construcción S.R.L. de la suma de S/.40,000.00 (Cuarenta mil con 00/100 Nuevos Soles) por concepto de intereses, moras, daños y perjuicios.”

A. Posición del Contratista:

a. En vista a que la Entidad se encuentra renuente al pago sin justificación alguna, ello ha provocado daños en la situación económica del Contratista. Además de que el cumplimiento extemporáneo de la obligación genera la obligación de responder por los intereses generados.

B. Posición de la Entidad:

a. No existe alegación alguna.

⁸ **Artículo 177°.- Efectos de la conformidad**

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

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

C. Decisión del Tribunal Arbitral:

De la indemnización por daños y perjuicios:

a. Que, en el caso concreto, no existe disposición alguna en las normas que rigen la contratación pública peruana que logren aplicarse para analizar una pretensión indemnizatoria. No obstante, el Capítulo del Título V de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, puede coadyuvar a la identificación de una responsabilidad por parte de la Entidad.

2. Que, la Ley N° 27444 estructura un margo general de aplicación prioritaria a los procedimientos administrativos tramitados dentro del territorio peruano, salvo que exista una regulación especial (la misma que debe guardar concordancia con la norma citada), en cuyo caso su aplicación será de manera supletoria. Por ello, siendo el proceso de contratación pública uno de carácter administrativo y con regulación especial, supletoriamente permite la aplicación de dicho dispositivo.

3. Que, se tiene que la Ley N° 27444 establece que:

“Artículo 238.- Disposiciones Generales

238.1 Sin perjuicio de las responsabilidades previstas en el derecho común y en las leyes especiales, ***las entidades son patrimonialmente responsables frente a los administrados por los daños directos e inmediatos causados por los actos de la administración o los servicios públicos directamente prestados por aquéllas.***

238.2 En los casos del numeral anterior, no hay lugar a la reparación por parte de la Administración, cuando el daño fuera consecuencia de caso fortuito o fuerza mayor, de hecho determinante del administrado damnificado o de tercero.

Tampoco hay lugar a reparación cuando la entidad hubiere actuado razonable y proporcionalmente en defensa de la vida, integridad o los bienes de las personas o en salvaguarda de los bienes públicos o cuando se trate de daños que el administrado

tiene el deber jurídico de soportar de acuerdo con el ordenamiento jurídico y las circunstancias.

238.3 La declaratoria de nulidad de un acto administrativo en sede administrativa o por resolución judicial no presupone necesariamente derecho a la indemnización.

238.4 El daño alegado debe ser efectivo, valuable económicamente e individualizado con relación a un administrado o grupo de ellos.

38.5 La indemnización comprende el daño directo e inmediato y las demás consecuencias que se deriven de la acción u comisión generadora del daño, incluyendo el lucro cesante, el daño a la persona y el daño moral.

238.6 Cuando la entidad indemnice a los administrados, podrá repetir judicialmente de autoridades y demás personal a su servicio la responsabilidad en que hubieran incurrido, tomando en cuenta la existencia o no de intencionalidad, la responsabilidad profesional del personal involucrado y su relación con la producción del perjuicio. Sin embargo, la entidad podrá acordar con el responsable el reembolso de lo indemnizado, aprobando dicho acuerdo mediante resolución.” (El énfasis es nuestro).

Con ayuda de la doctrina⁹, podemos advertir que la Entidad (como Administración Pública) es responsable por sus actos siempre que se logre probar los siguientes elementos:

- La conducta antijurídica: Se refiere a la conducta que demuestra la Administración Pública sobre el hecho pasible de indemnizar, conducta que debe ser contraria al ordenamiento jurídico o ilegal.

En el presente caso, la omisión injustificada de la Entidad al pago de la contraprestación no solamente es considerada como un hecho que vulnera las disposiciones del Contrato, sino va en contra de la misma normativa en contrataciones públicas¹⁰. El mencionado comportamiento de la Entidad se constituye razón suficiente para calificar a una conducta como antijurídica, y por tanto, como elemento de la responsabilidad civil.

⁹ García de Enterría, Eduardo y Tomás-Ramón, Fernández, *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo II, Lima: 2010, Palestra – Temis; y Guzmán Napurí, Christian, *El procedimiento administrativo*, Lima: 2007, Ara Editores.

¹⁰ Véase el citado artículo 177° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

- El daño: El daño es el menoscabo patrimonial o moral que sufre el administrado.

En el caso en análisis no sólo debe tratarse de la alegación de un daño, sino que el mismo debe ser probado (“efectivo, valuable económicamente e individualizado con relación a un administrado o grupo de ellos”, tal y como señala la norma). Ello resulta ser justificado por aquel principio del derecho procesal (aplicable a la sede arbitral) de “quien alega debe probar”. En este sentido, si bien el Contratista alegó un daño sufrido el mismo no fue probado con el acervo probatorio, por lo que no se configura el presente elemento.

Debe tenerse en cuenta que la declaración jurada de gastos suscrita por el Contratista no genera la convicción necesaria como para permitir conceder algún monto indemnizatorio, pues no permite identificar realmente si tales erogaciones económicas fueron efectivas.

- El nexo causal: Finalmente, debemos entenderlo como la relación existente entre la conducta antijurídica y el daño. Es decir, el daño debe ser consecuencia de la conducta ilegal del agente, relación que no debe ser interrumpida por agente o situación en particular (fractura del nexo causal).

Para el caso, al no existir un daño debidamente probado, no puede entablarse una relación con la conducta antijurídica.

Conforme a nuestro ordenamiento jurídico, la responsabilidad de la Administración Pública tiene un carácter objetivo, lo que no permite evaluar el factor de atribución del agente (dolo o culpa).

En consecuencia, no corresponde amparar éste extremo de la pretensión, pues uno de los elementos de la responsabilidad (el daño) no fue probado fehacientemente por el Contratista, el mismo que resulta determinante para condenar a la Entidad a un pago de una indemnización.

De los intereses legales:

1. Ante el silencio de las normas de derecho público sobre el pago de intereses generados por el incumplimiento de una obligación de carácter dinerario, debemos aplicar las disposiciones del Código Civil.

2. Así tenemos que el artículo 1245° del Código Civil señala lo siguiente:

“Artículo 1245°.- Pago de interés legal a falta de pacto.

Quando deba pagarse interés, sin haberse fijado la tasa, el deudor debe abonar el interés legal.”

Dicha norma se ve complementado por el siguiente artículo:

“Artículo 1246°.- Pago del interés por mora.

Si no se ha convenido el interés moratorio, el deudor sólo está obligado a pagar por causa de mora el interés compensatorio pactado y, en su defecto, el interés legal.”

En tal orden de ideas, al haberse advertido en incumplimiento por parte de la Entidad de la prestación a su cargo (la misma que ostenta un carácter dinerario) resulta amparable el pedido del Contratista sobre el pago de intereses. Sin embargo, hay que precisar que ante la inexistencia de pacto alguno sobre la fijación de la clase de interés y su consecuente tasa a pagar, deben ser abonados los intereses legales fijados por el Banco Central de Reserva del Perú, los mismos que deberán ser determinados al momento de la ejecución del laudo arbitral.

La condena de intereses a pagar por la Entidad incluye necesariamente el monto por retención por la garantía de fiel cumplimiento, pues, por la naturaleza de la operación, dicho concepto forma parte del monto contractual.

4. Cuarto punto controvertido:

“Determinar a quién corresponde asumir el pago de los costos arbitrales del presente proceso arbitral.”

A. Posición del Contratista:

a. Siendo la Entidad la responsable por el inicio del presente proceso arbitral, le corresponde asumir los costos arbitrales generados en el desarrollo del presente proceso arbitral.

B. Posición de la Entidad:

a. No existe alegación alguna.

C. Decisión del Tribunal Arbitral:

a. Es el artículo 73° de la Ley de Arbitraje la que determina la manera de asumir los costos arbitrales originados dentro de un proceso arbitral:

“Artículo 73°.- Asunción o distribución de costos

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

2. Cuando el tribunal arbitral ordene la terminación de las actuaciones arbitrales por transacción, desistimiento, declaración de incompetencia o por cualquier otra razón, fijará los costos del arbitraje en su decisión o laudo.

3. El tribunal arbitral decidirá también los honorarios definitivos del árbitro que haya sido sustituido en el cargo, de acuerdo al estado de las actuaciones arbitrales, en decisión definitiva e inimpugnable.” (El énfasis es nuestro).

De la cita se advierte que la aplicación de la Ley de Arbitraje tiene la calidad de supletoria, ya que ante la omisión de algún acuerdo de las partes sobre la asunción de costos arbitrales el Tribunal deberá ejercer las potestades señaladas en dicha norma. Es decir, las reglas legales de distribución de costos contenidas en la Ley de Arbitraje serán de aplicación siempre que las partes no hayan acordado algo al respecto.

En el presente caso, de la revisión de los actuados no se advierte acuerdo alguno de las partes para la distribución de los costos arbitrales, por lo que el Tribunal Arbitral se encuentra en la libertad de determinar los costos arbitrales conforme a lo dispuesto por la ley.

En tal sentido, teniendo en consideración las circunstancias del caso y sobre todo la conducta de la Entidad al mantenerse renuente al cumplimiento de sus obligaciones contractuales sin justificación alguna hasta la fecha de emisión del presente laudo, no obstante existir

compromiso formal de la Entidad de honrar dicho pago, además de condicionar la activación de éste sistema de resolución de disputas para el reclamo de la acreencia por parte del Contratista, éste Colegiado dispone que la Entidad sea la encargada de asumir todos los costos arbitrales generados en el presente proceso, costos que se han acreditado objetivamente y resultan razonables, conforme a lo señalado en el artículo 70° de la Ley de Arbitraje¹¹.

III. RESOLUCIÓN:

Por las consideraciones expuestas, este Tribunal Arbitral resuelve:

Primero: Declarar **FUNDADA EN PARTE** la primera pretensión de la demanda; en consecuencia, se ordena a la Entidad pagar a favor del contratista la suma de S/.25,344.00 (Veinticinco mil trescientos cuarenta y cuatro con 00/100 Nuevos Soles) correspondiente al valor cancelatorio de las 1,200 bolsas de cemento Portland tipo I x 42.5 Kg., objeto del Contrato; dejando a salvo el derecho que le corresponda al Contratista respecto del pago del valor de las 30,000 tejas artesanales.

Segundo: Declarar **FUNDADA** la segunda pretensión de la demanda; en consecuencia, se ordena a la Entidad a la devolución de la retención por garantía del fiel cumplimiento a favor del Contratista por la suma de S/.6,834.78 (Seis mil ochocientos treinta y cuatro con 78/100 Nuevos Soles).

Tercero: Declarar **FUNDADA EN PARTE** la tercera pretensión de la demanda; en consecuencia, se ordena a la Entidad pagar a favor del Contratista los intereses legales generados por el incumplimiento de las obligaciones a cargo de ésta computados a partir del quinto día posterior a la fecha de recepción de la última entrega de las 1,200 bolsas de cemento, previa liquidación y determinación durante la ejecución del presente laudo arbitral.

¹¹ **Artículo 70°.- Costos**

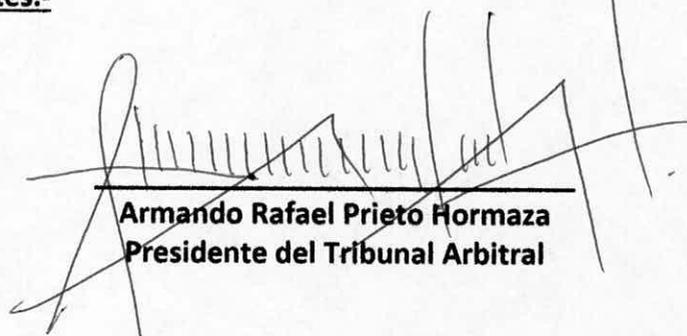
El tribunal arbitral fijará en el laudo los costos del arbitraje. Los costos del arbitraje comprenden:

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

Cuarto: Declarar **FUNDADA** la cuarta pretensión de la demanda; en consecuencia, se ordena a la Entidad asumir y reembolsar (de ser el caso) la totalidad de los costos arbitrales originados como consecuencia del presente arbitraje previa liquidación y determinación durante la ejecución del presente laudo arbitral.

Quinto: **REMÍTASE** un (1) ejemplar del presente Laudo Arbitral al Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado para los fines dispuestos en la normativa en contratación públicas.

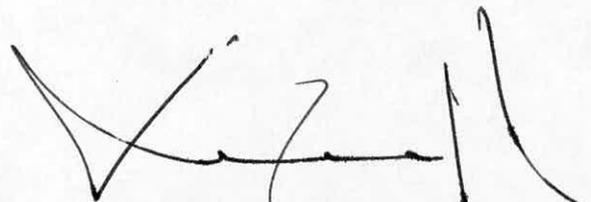
Notifíquese a las partes.-



Armando Rafael Prieto Hormaza
Presidente del Tribunal Arbitral



Silvia Regina Palacios Torres
Árbitro



Gerardo Zenón Porras Dolorien
Árbitro



Joel Torres Poma
Secretario Arbitral