Resolución N° 23

En Lima, a los 27 días del mes de Febrero del año dos mil quince, el Árbitro Único Dra. Lourdes Teodomira Mauricio Mendoza, luego de haber realizado las actuaciones arbitrales de conformidad con las reglas contenidas en el acta de instalación; escuchado los argumentos expuestos en este arbitraje; actuada y evaluada la prueba aportada y deliberado en torno a las pretensiones planteadas en la demanda dicta el siguiente laudo para poner fin, por decisión de las partes, a la controversia planteada:

I. CONVENIO ARBITRAL

1. Con fecha 06.06.2012, el Consorcio formado por las empresas Moli Agro SAC y Edgar Roberto Manrique de la Colina (en adelante El Consorcio) y la Municipalidad Distrital de Santiago de Surco (en adelante La Municipalidad) suscribieron el contrato de Adquisición de Insumos de Fumigación de Áreas Verdes N° 030-2012-GAF-MSS (en adelante El Contrato), derivado de la Adjudicación Directa Selectiva N° 005-2012-CE-MSS.

2. De conformidad con lo establecido en la cláusula décimo sexta de El Contrato, las partes pactaron que cualquier controversia surgida en relación al instrumento que firmaron, sería resuelta mediante arbitraje en los términos contenidos en dicha cláusula.

II. DESIGNACIÓN E INSTALACIÓN DEL ÁRBITRO ÚNICO

3. Mediante la Resolución respectiva emitida por la presidencia

ejecutiva del OSCE, éste en defecto del acuerdo de las partes, designó como Árbitro Único a la Dra. Lourdes Teodomira Mauricio Mendoza.

4. El Árbitro Único, al haber aceptado la designación efectuada por el OSCE y no habiendo ninguna objeción, por las partes, a su designación, con fecha 03.04.2014, celebró la audiencia de instalación, con participación de la parte demandante.

6. En esta audiencia, el Árbitro Único ratificó haber sido designado válidamente y reiteró no tener ninguna incompatibilidad para el cumplimiento del encargo, ni vínculo alguno con las partes.

7. En el mismo acto, se establecieron las reglas del presente arbitraje, indicando que las normas aplicables serian la Ley de Contrataciones del Estado aprobada por el Decreto Legislativo 1017 (en adelante La Ley), su reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 184-2008-EF (en adelante el Reglamento de la Ley), y además, el Decreto Legislativo 1017 que norma el arbitraje (en adelante la Ley de Arbitraje). Finalmente, se declaró abierto el proceso arbitral.

III. LAS POSICIONES DE LAS PARTES

a. DEMANDA ARBITRAL PRESENTADA POR EL CONSORCIO

8. Mediante Resolución N° 02 de fecha 02.05.2014, el Árbitro Único admitió la demanda presentada el 21.04.2014, en la que El Consorcio peticionó lo siguiente:

- **PRETENSIONES PRINCIPALES**

(i) Que se ordene a La Municipalidad cumpla con pagarle la suma de S/. 55,998.55 Nuevos Soles, más intereses legales, costas y costos del presente arbitraje por la contraprestación derivada de El Contrato.

(ii) Que se ordene a La Municipalidad cumpla con pagarle las sumas de S/. 53,315.00 Nuevos Soles, S/. 2,488.27 Nuevos Soles y S/. 5,716.61 Nuevos Soles más intereses por concepto de indemnización por daños y perjuicios, lucro cesante (sic)

- **FUNDAMENTOS DE HECHO DE LA DEMANDA**

9. El Consorcio señaló que fue el ganador de la buena pro de la ADS N° 005-2012-CE-MSS y como consecuencia de ello, sería la empresa encargada de proveer a La Municipalidad de insumos de fumigación de áreas verdes por un valor total de S/. 55,998.55 Nuevos Soles.

10. Afirma, que se ha cumplido el contrato a cabalidad con la conformidad de la recepción de la prestación en el plazo de un (01) día señalado en la Orden de Compra – Guía de Internamiento N° 2012-893 con fecha de recepción 18.06.2012 y con las Guías de Remisión N° 001419 y 001421 recibidas en la misma fecha, no incurriendo en penalidades, vicios ocultos, retraso injustificado u otros, según el Acta de Conformidad de Recepción de Bienes N° 009-2012-SGLPPJ-GGA-MMS de la Sub Gerencia de Limpieza Pública, Parques y Jardines de fecha 26.06.2012 y la Constancia de Prestación de la Sub Gerencia de Abastecimiento de fecha 24.07.2012.

11. Pese a haber solicitado la correspondiente contraprestación a la Municipalidad mediante carta dirigida a la Gerencia de Administración y Finanzas N° ANX-2223932021-1 de fecha 24.07.2012, mediante carta notarial dirigida al Alcalde de La Municipalidad en documento simple N° 2245892012 de fecha 09.08.2012, y mediante carta dirigida a la Sub Gerencia de Tesorería en documento simple N° ANX- 2223932012-3 de fecha 24.10.2012, a la fecha no cumplen con realizar el pago solicitado.

12. Argumenta además que la Gerente de Administración y Finanzas de La Municipalidad mediante Carta N° 151-2013-GAFMSS de fecha 05.04.2013 y Resolución N° 083-2013-GAF-MSS de fecha 26.03.2013, reconoce la Orden de Compra N° 893-2012 del Consorcio, sin embargo no se ha realizado el pago de dicha orden y por lo tanto se establece el incumplimiento de El Contrato.

- **MEDIOS PROBATORIOS OFRECIDOS POR EL CONSORCIO**

13. El Consorcio ofrece como medios probatorios que sustentan sus pretensiones, una serie de documentos, los mismos que se detallan en el rubro V (Medios probatorios) del escrito de demanda y los medios probatorios presentados en el escrito de fecha 03.06.2014 y que suman un total de 31 instrumentales.

CONTESTACION DE DEMANDA

14. Mediante escrito presentado el 20.05.2014, La Municipalidad

contestó la demanda, señalando fundamentalmente que conforme a lo indicado en El Contrato, se estableció en el último párrafo de la cláusula quinta que el plazo de ejecución para la entrega de bienes sería de un (01) día calendario, contado a partir de la suscripción del mismo.

15. Señala que El Contrato fue suscrito el 06.06.2012, sin embargo de las Guías de Remisión N° 001419 y 001421 el Consorcio hizo entrega de los bienes materia de El Contrato el 18.06.2012, es decir 12 días después del plazo contractual estipulado.

16. En ese sentido, indica que el Consorcio ha incurrido en retraso injustificado en la ejecución de las prestaciones objeto del Contrato, por lo que se procede a la aplicación de penalidades por cada día de atraso, tal como lo dispone la cláusula duodécima de dicho Contrato.

17. Cabe mencionar que mediante escrito de fecha 20.05.2014, La Municipalidad dedujo las excepciones de caducidad y de oscuridad en la forma de proponer la demanda, con los fundamentos de hecho y de derecho que expuso en dicho documento. Asimismo mediante escrito presentado el 16.06.2014, El Consorcio manifestó su posición en relación con las excepciones que su contraparte propuso.

MEDIOS PROBATORIOS OFRECIDOS POR LA MUNICIPALIDAD

18. La Municipalidad ofreció como medios probatorios los

documentos señalados en el acápite IV (Medios probatorios) del escrito de contestación de demanda presentado el 20.05.14.

IV. AUDIENCIA DE CONCILIACIÓN, FIJACIÓN DE PUNTOS CONTROVERTIDOS, Y ACTUACIÓN DE MEDIOS PROBATORIOS.

19. Mediante Resolución N° 12 de fecha 22.09.14, el Árbitro Único citó a las partes a la Audiencia de Conciliación, Fijación de Puntos Controvertidos y Actuación de Medios Probatorios para el día Jueves 02.10.14 en la sede arbitral.

20. En dicha Audiencia, el Árbitro Único, considerando lo pretendido por las partes procedió a fijar como puntos controvertidos los siguientes:

EN RELACION CON LA DEMANDA Y SU CONTESTACIÓN:

(i) **Primer Punto Controvertido:** Determinar si corresponde ordenar que La Municipalidad pague a El Consorcio la suma de S/. 55,998.55 (Cincuenta y Cinco Mil Novecientos Noventa y Ocho y 55/100 Nuevos Soles) más intereses derivados de El Contrato.

(ii) **Segundo Punto Controvertido:** Determinar si corresponde ordenar que La Municipalidad pague a El Consorcio la suma de S/. 53,315.00 Nuevos Soles por concepto de indemnización de daños y perjuicios por lucro cesante más intereses derivados del Contrato N° 030-2012-GAF-MSS.

(iii) **Tercer Punto Controvertido:** Determinar si corresponde o no ordenar que La Municipalidad pague a El Consorcio la suma de S/. 2,488.27 Nuevos Soles y S/. 5,715.61 Nuevos Soles por concepto de indemnización de daños y perjuicios por lucro cesante más intereses.

(iv) **Cuarto Punto Controvertido:** Determinar en qué porcentaje le corresponde asumir a cada parte las costas y costos que originen el presente arbitraje.

21. Luego de ello, se establecieron las reglas para el pronunciamiento del Árbitro Único sobre los puntos controvertidos.

22. Acto seguido, el Árbitro Único procedió a admitir los medios probatorios ofrecidos por las partes, haciendo presente que se encontraba facultado para ordenar en su oportunidad la actuación de las pruebas de oficio adicionales que considere pertinente para mejor resolver, de conformidad con lo dispuesto en la regla 33 del acta de instalación.

23. De otro lado, y mediante resolución N° 17 se cerró la etapa probatoria y se concedió a las partes el plazo de 05 días hábiles para que presenten sus alegatos escritos y soliciten, de creerlo conveniente, la celebración de una audiencia de informes orales.

V. AUDIENCIA DE INFORMES ORALES Y PLAZO PARA LAUDAR

24. El 22.12.2014 se celebró la audiencia de informes orales con

presencia sólo de El Consorcio. Mediante Resolución N° 21 se fijó el plazo para laudar en 30 días hábiles contados desde la fecha en que La Municipalidad quede notificada con el acta de la audiencia de informes orales. Mediante Resolución N° 22 se amplió el plazo para laudar en 15 días hábiles adicionales como máximo.

VI. ANÁLISIS DE LAS CONTROVERSIAS

25. De los argumentos expuestos por las partes a lo largo de este arbitraje, así como de las pruebas aportadas y puestas a consideración del Árbitro Único corresponde analizar cada uno de los puntos controvertidos.

26. Considerando que: **i)** no existe cuestionamiento alguno, por las partes, al nombramiento y posterior competencia del Árbitro Único **ii)** existe sometimiento expreso de las mismas a resolver las controversias surgidas durante su vínculo contractual mediante arbitraje, cuyas reglas, aceptadas por las partes, son las establecidas en el acta de instalación del 03.04.2014 **iii)** las partes tuvieron plena oportunidad para ofrecer y actuar los medios probatorios que convengan a sus intereses, e inclusive para presentar alegatos escritos e informar oralmente, conforme dan cuenta todas las resoluciones expedidas en el presente arbitraje; **iv)** el Árbitro Único ha tomado nota y revisado todos y cada uno de los argumentos expuestos por las partes, así como los medios probatorios admitidos en el presente arbitraje, los ha analizado y les ha adjudicado el mérito que les corresponde, aun cuando en el presente laudo no se haga mención expresa a alguno de ellos.

27. Antes del análisis de las controversias, el Árbitro Único se

pronunciará sobre la procedencia o no de la excepción de oscuridad en la forma de proponer la demanda y de caducidad que formuló La Municipalidad en su oportunidad.

28. En cuanto a la primera, La Municipalidad señaló que en la demanda su contraparte no ha señalado cuales son las pretensiones principales ni cuales las accesorias, subordinadas y alternativas y que este hecho ha dificultado su defensa en este arbitraje. Por su parte El Consorcio manifestó que la demanda, admitida en su momento, cumplió con los requisitos del Osce (sic) y del propio Árbitro Único.

29. Al respecto, hay que indicar que de una llana lectura de la demanda, se advierte claramente que es lo que pretende El Consorcio, es decir el pago de una suma de dinero plenamente determinada por corresponder a la contraprestación por el servicio de fumigación que le prestó a su contraparte y otra suma determinada por concepto de indemnización por lucro cesante.

30. De esta manera, lo pretendido por El Consorcio y la exposición de los hechos que lo sustentan, permiten directamente ejercer el derecho de defensa de La Municipalidad a través de la contradicción. Por tanto no existe la ambigüedad u oscuridad que aquella reclama, más aun si en el escrito de contestación de demanda, La Municipalidad fundamenta, tanto en los hechos con en el derecho, porque las pretensiones de su contraparte deben declararse infundadas.

31. En tal scntido, corresponde declarar infundada la cxcepción de oscuridad en la forma de proponer la demanda.

32. En cuanto a la excepción de caducidad, La Municipalidad ha señalado que El Consorcio presentó su solicitud arbitral el 12.10.2013, es decir fuera del plazo indicado en el artículo 181° del Reglamento de la Ley ya que, en su caso, debió hacerlo hasta el décimo quinto día hábil posterior al 18.06.2012, fecha en la que supuestamente (sic) la prestación de su contraparte fue cumplida.

33. De otro lado, El Consorcio ha señalado que conforme al artículo 42° de La Ley, el contrato concluye con la conformidad de recepción de la última prestación y el pago respectivo, lo que en este caso no ha ocurrido, porque no existe evidencia (sic) que su contraparte haya efectuado el pago, motivo por el que no puede afirmarse que El Contrato ha culminado.

34. Sobre el particular, el Árbitro Único manifiesta que conforme a la cláusula arbitral, las partes acordaron resolver sus controversias mediante arbitraje, y que facultativamente podían resolver las mismas mediante conciliación. Por tanto habiendo agotado, sin éxito, la conciliación el presente arbitraje es uno *Ad Hoc* y regulado por La Ley y el Reglamento de La Ley.

35. Por otro lado, el artículo 52 de La Ley establece que: "Las controversias que surjan entre las partes sobre la ejecución, interpretación, resolución, inexistencia, ineficacia o invalidez del contrato, se resolverán mediante conciliación y/o arbitraje, según el acuerdo de las partes, debiendo solicitarse el inicio de estos procedimientos en cualquier momento anterior a la culminación del contrato (...). Este plazo es de caducidad".

36. Del texto precedente, queda claro que el plazo en el que quedaría caduco el derecho a recurrir al arbitraje está determinado única y exclusivamente por el momento anterior a la culminación del contrato.

37. En ese sentido, el artículo 215 del Reglamento de la Ley, al regular el arbitraje y los plazos previstos en diversos artículos, los califica de modo expreso como plazos de caducidad, sin tener en cuenta que la caducidad se encuentra prevista en la Ley, condicionada únicamente a la vigencia del contrato, mientras que en el caso de la norma reglamentaria, se establece un plazo radicalmente distinto y limitado.

38. Por tal motivo, la comparación de ambos dispositivos legales es sencilla y cabe cuestionar válidamente si es posible establecer un plazo de caducidad por una norma reglamentaria y que, además, exceda largamente el marco establecido por La Ley.

39. Cabe recordar que la caducidad es una institución jurídica que se encuentra regulada en los artículos 2003 al 2007 del Código Civil, no existiendo regulación similar ni en La Ley ni en el Reglamento de la Ley.

40. Según lo establece el Código Civil, la caducidad tiene por efecto extinguir un derecho y con ello la acción relacionada con el mismo. Como se aprecia, la caducidad es una institución que pretende conservar la seguridad jurídica.

41. El artículo 2004 del Código Civil señala que los plazos de caducidad los fija la ley, sin admitir prueba en contrario. Por

tanto existe una desavenencia entre La Ley (que establece expresamente que se puede recurrir al arbitraje hasta antes de la culminación del contrato) y el Reglamento de La Ley que limita el plazo de caducidad a quince (15) días.

42. De lo antes mencionado, queda establecido que el Código Civil determina que los plazos de caducidad se establecen por ley y sus disposiciones son de aplicación supletoria a las establecidas en la normativa sobre contratación estatal.

43. Conforme a lo expuesto, debe considerarse que la institución de la caducidad dentro de cualquier norma de carácter especial, debe respetar los elementos establecidos en el ordenamiento jurídico general, no siendo aplicable el denominado plazo de caducidad señalado en los artículos respectivos del Reglamento de la Ley.

44. Por tanto no habiendo culminado El Contrato, ya que este concluye con la conformidad de recepción del servicio y el pago correspondiente, lo que precisamente es materia de controversia en el presente arbitraje, corresponde declarar infundada la excepción de caducidad deducida por La Municipalidad.

45. En cuanto al primer punto controvertido, conviene indicar que la cláusula quinta de El Contrato señaló como plazo de ejecución del mismo, un día calendario contado desde la fecha de emisión de la orden de compra respectiva para que El Consorcio entregue los insumos de fumigación para las áreas verdes del distrito de Santiago de Surco.

46. Conforme se aprecia de la orden de compra N° 893-2012 que obra en el expediente, ésta fue expedida el 18.06.2012, por lo que El Consorcio tuvo hasta el 19.06.2012 para entregar los insumos de fumigación requeridos por su contraparte.

47. De otro lado, se aprecia de las guías de remisión N° 001419 y N° 001421, expedidas por Edgard Manrique de la Colina (uno de los consorciados,) que el total de insumos adquiridos fueron ingresados en el almacén central de La Municipalidad el 18.06.2012, es decir dentro del plazo señalado en El Contrato.

48. Asimismo se observa de las pruebas aportadas por El Consorcio que el 28.06.2012, la subgerencia de abastecimientos de La Municipalidad recibió las facturas N° 007714 y 007713, por un monto total de S/. 55,998.55 Nuevos Soles. También consta en el expediente el documento denominado "Constancia de Prestación" de fecha 24.07.2012 firmado por el subgerente de abastecimiento Sr. Christian Gary Valderrama Vásquez en el que La Municipalidad deja constancia que ha recibido en forma satisfactoria los bienes (insumos) objeto de El Contrato y que tampoco se impuso a El Consorcio penalidad alguna.

49. Ahora bien, el artículo 177° del Reglamento de la Ley señala que una vez emitida la conformidad de la prestación se genera el derecho al pago del contratista. Asimismo, el artículo 181° de la misma norma legal indica que la entidad deberá pagar las contraprestaciones pactadas a favor del contratista en la oportunidad establecida en las bases o el contrato.

50. La cláusula cuarta de El Contrato, señala que La Municipalidad

deberá pagar a El Consorcio, en el plazo de 10 días luego de la recepción formal y completa de la documentación, (sic) debiendo entenderse que dicho pago se efectuará una vez se haya expedido la constancia de prestación respectiva en armonía con lo dispuesto en el ya mencionado artículo 181 del Reglamento de la Ley.

51. Si se toma en cuenta que la constancia de la prestación fue emitida el 24.07.2012, La Municipalidad tuvo plazo para pagar el monto de El Contrato hasta el 03.08.2012, sin embargo La Municipalidad no ha probado, ni en la etapa de ejecución contractual ni en sede arbitral, haber pagado el monto que reclama su contraparte, es más al contestar la demanda ha expuesto que la pretensión de pago de El Consorcio debe declararse infundada.

52. Por las consideraciones antes expuestas corresponde ordenar que La Municipalidad pague a El Consorcio la suma de S/. 55,998.55 Nuevos Soles como contraprestación derivada de El Contrato. En cuanto al pago de intereses que el contratista también reclama, hay que mencionar que de conformidad con el artículo 48° de La Ley y 181° del Reglamento de la Ley, en caso de retraso en el pago, los contratistas tendrán derecho al pago de intereses legales.

53. En este caso, al haberse acreditado que La Municipalidad no ha abonado el monto señalado en la cláusula tercera de El Contrato, le corresponderá pagar también los intereses legales respectivos en favor de El Consorcio.

54. En cuanto al segundo y tercer punto controvertido, El Consorcio solicita que La Municipalidad le pague las sumas de S/. 53,315.00 Nuevos Soles, S/. 2,488.27 Nuevos Soles y S/. 5,715.61 Nuevos Soles, todas por concepto de indemnización de daños y perjuicios, lucro cesante (sic). Por su parte, La Municipalidad señala que tal pretensión debe declararse infundada toda vez que El Consorcio no ha probado el daño que alega haber sufrido.

55. Al respecto hay que indicar que el artículo 1324° del Código Civil[1] establece que el incumplimiento de las obligaciones dinerarias sólo puede generar el pago de intereses legales, debiendo entenderse que tales intereses se pagan a manera de indemnización por la demora del deudor y sin necesidad que el acreedor pruebe el daño sufrido.

56. El mismo artículo también señala, que se pagará una indemnización adicional a los intereses (que es la que pretendería El Consorcio) sólo en el caso en que las partes hayan pactado la indemnización por el daño ulterior. En este caso, se advierte de la lectura de El Contrato que las partes no han pactado al respecto, por lo que mal perseguiría El Consorcio se le indemnice una vez más, si ya obtuvo a su favor el pago de los intereses que pidió junto a su primera pretensión.

57. De otro lado, si estuviese acordada la indemnización por daño ulterior, El Consorcio tendría que probar la existencia del daño sufrido por el incumplimiento de pago dinerario de su contraparte y además que aquel es mayor al daño cubierto por

[1] De aplicación supletoria en este arbitraje toda vez que la figura jurídica de los intereses legales y el de responsabilidad contractual no está regulada en las normas legales sobre contratación estatal.

los intereses legales, sin embargo El Consorcio no ha probado ni uno ni lo otro, por lo que corresponde declarar infundada la pretensión indemnizatoria de La Demandante.

58. En cuanto al cuarto punto controvertido, se observa de la lectura de El Contrato que no existe acuerdo de las partes que establezca quién debe asumir o en qué forma se deben pagar los gastos generados en este arbitraje, por lo que en mérito a lo dispuesto en el inciso 1 del artículo 73 de la ley de arbitraje y en razón que se han amparado la principal pretensión de El Consorcio corresponde ordenar que La Municipalidad asuma y en consecuencia pague a aquel los gastos que este arbitraje ha originado (es decir el total de los honorarios del Árbitro Único y el total de los honorarios por el servicio secretarial) [2]

59. Por las consideraciones antes expuestas el Árbitro Único falla:

1. **Infundada** la excepción de oscuridad en la forma de proponer la demanda que dedujo La Municipalidad.

2. **Infundada** la excepción de caducidad que dedujo La Municipalidad.

3. **Fundada** la pretensión de El Consorcio referida al pago de S/. 55,998.53 Nuevos Soles, en consecuencia ordeno que La Municipalidad le pague dicha cantidad más intereses legales como contraprestación derivada de El Contrato.

4. **Infundada** la pretensión de El Consorcio referida al pago de

[2] Cabe indicar que El Consorcio no sólo pagó los gastos arbitrales a su cargo sino también los que correspondían a su contraparte.

las sumas de S/. 53,315.00 Nuevos Soles, S/. 2,488.27 Nuevos Soles y S/. 5,715.61 Nuevos Soles, todas por concepto de indemnización de daños y perjuicios, lucro cesante (sic).

5. **Ordeno** que La Municipalidad pague a El Consorcio el total de gastos pagados en este arbitraje (Honorarios del Árbitro Único y Honorarios por servicio secretarial)

Notifíquese a las partes.

Lourdes T. Mauricio Mendoza
Árbitro Único