

## LAUDO ARBITRAL

### LAUDO ARBITRAL DE DERECHO DICTADO EN EL ARBITRAJE SEGUIDO POR CONSORCIO SIWAR CONTRA LA MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE KIMBIRI, ANTE EL ÁRBITRO ÚNICO CONFORMADO POR EL ÁRBITRO ÚNICO MARCO ANTONIO MARTÍNEZ ZAMORA.

Resolución N° 13  
Lima, 3 de septiembre de 2015

#### VISTOS:

#### I. LAS PARTES, EL CONTRATO Y LA EXISTENCIA DE UN CONVENIO ARBITRAL

- El día 16 de julio de 2012, el CONSORCIO SIWAR (en adelante, SIWAR, CONSORCIO o DEMANDANTE) y la MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE KIMBIRI (en adelante, MINICIPALIDAD, o ENTIDAD o DEMANDADO) suscribieron el Contrato N° 1154-2012-MDK-GM/LOGÍSTICA "Contrato de Servicio de Consultoría para Elaboración de los Estudios de Perfil y Expediente Técnico" en adelante la CONTRATO por un valor de S/. 290,967.47 (Doscientos noventa mil novecientos sesenta y siete y 47/100 Nuevos Soles).
- En la Cláusula Décimo Quinta del CONTRATO, ambas partes decidieron que cualquier controversia que surja se resolvería mediante arbitraje.

#### II. INSTALACIÓN DEL ARBITRAJE

- El 17 de marzo de 2014, se efectuó la Instalación del Árbitro Único Marco Antonio Martínez Zamora, contándose con la presencia de los representantes de las partes.

En dicho acto, el Árbitro Único declaró haber sido debidamente designado de conformidad con el convenio arbitral, ratificando su aceptación al cargo y señalando que no tenían ninguna incompatibilidad ni compromiso alguno con las partes, obligándose a desempeñar con imparcialidad y probidad la labor encomendada.

### III. DE LA DEMANDA ARBITRAL PRESENTADA POR EL CONSORCIO

#### 4. EL DEMANDANTE interpone demanda siendo éstas sus pretensiones:

- Que se ordene a la ENTIDAD el pago a su favor de S/.210,000.00 (Doscientos diez mil y 00/100 Nuevos Soles), por concepto de daños y perjuicios.
- Que se ordene a la ENTIDAD el pago, a su favor de los gastos arbitrales.

#### III.1 Fundamentos de Hecho

5. El DEMANDANTE suscribió el CONTRATO con la ENTIDAD, "Para la elaboración del perfil y expediente técnico del proyecto: instalación de zoocriadero y jardín botánico para la preservación, propagación y comercialización de especies nativas de flora y fauna en el distrito de Kimbiri - La Convención - Cusco", como consecuencia de haber resultado ganador del Proceso de Selección de Adjudicación Directa Pública N° 11-2012-MDK/CEP, por el monto de contrato S/. 290,965.00 (Doscientos noventa mil novecientos sesenta y cinco y 00/100 nuevos soles).
6. Agrega que en el marco de las obligaciones contractuales, la ENTIDAD le debió entregar el terreno dentro del plazo previsto por la Ley de Contrataciones del Estado –aprobada por Decreto Legislativo N° 1017– (en adelante, LEY), a fin de dar inicio con los trabajos objeto del CONTRATO. Sin embargo, sostiene que tras sus constantes requerimientos, notaron que la MUNICIPALIDAD no contaba con disponibilidad de terreno. Ante ello, el DEMANDANTE acota haber accedido a un período de espera, según lo requirió la ENTIDAD, a fin de que ésta subsane dicho error, pudiéndole entregar formalmente el terreno para dar inicio con la prestación del servicio.
7. A la fecha de presentada la demanda, el CONSORCIO sostiene que transcurrieron aproximadamente 18 meses sin que la MUNICIPALIDAD le haya entregado el terreno para dar inicio con los trabajos. Agrega que, por el contrario, mediante Carta N° 087-2013-MDK-GM/GAV-GM, de fecha 18 de julio de 2013, la ENTIDAD "buscó sorprender" con la entrega de terreno, adjuntando un contrato preparatorio de venta a futuro, por lo que en el marco de la LEY y su Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 184-2008-EF (en adelante REGLAMENTO), manifiesta el DEMANDANTE que convino en iniciar el procedimiento de resolución de contrato. Siendo así que, con fecha 04 de setiembre de 2013, previo requerimiento notarial, el CONSORCIO resolvió el CONTRATO.

Marco Antonio Martínez Zamora - Arbitro Único

8. En ese sentido, el DEMANDANTE afirma que la ENTIDAD perjudicó su economía, pues en el marco del CONTRATO, el CONSORCIO tuvo que asumir los siguientes gastos:

- Contratación de profesionales especialistas, para iniciar los trabajos.
- Gastos administrativos para la participación del CONSORCIO en el Proceso de Selección ADP N° 11-2012-MDK/CEP.
- Emisión de la garantía de seriedad de oferta.
- Emisión y renovación (a la fecha de presentada la Demanda) de la garantía de fiel cumplimiento.
- Gastos generados por viaje a la selva central para observar experiencias similares.

9. Siendo así, el CONSORCIO indica que en el presente proceso busca que se le indemnice por los daños y perjuicios ocasionados, qué a continuación se detallan:

Lucro cesante

10. El consorcio refiere que se origina por la no obtención de los recursos económicos necesarios en la oportunidad correspondiente, lo cual le originó un desmedro económico, viéndose imposibilitado de participar en otros procesos de selección al no tener los recursos económicos necesarios para las garantías correspondientes; tampoco de solventar otros procesos de selección, ya que, aduce el demandante que la entidad no le pagó en la oportunidad correspondiente.

11. En merito a ello, refiere el DEMANDANTE que el detrimento y menoscabo sufrido asciende a S/. 70.000.00 (Setenta mil y 00/ 100 Nuevos Soles).

Daño emergente

12. El CONSORCIO afirma haber sufrido pérdidas como consecuencia directa de la omisión por parte de la MUNICIPALIDAD, la que asciende a S/. 70, 000.00 (Setenta mil y 00/100 Nuevos Soles).

Daño moral

13. Respecto del daño moral, el DEMANDANTE sostiene que se ha menoscabado su salud emocional y bienestar corporal, así como además su prestigio; que ello devino en desprecio, como constantes quejas por parte de sus acreedores. Por lo que el DEMANDANTE considera que el monto asciende a S/. 70, 000.00 (Setenta mil y 00/100 Nuevos Soles).

14. En tal sentido, el CONSORCIO señala que de lo indicado, se hace una suma de S/ 210,000.00 (Doscientos diez mil y 00/100 Nuevos Soles), por concepto de daños y perjuicios.

### **III.2 Fundamentos de Derecho**

15. El DEMANDANTE ampara sus fundamentos en lo dispuesto en la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento, así como en los dispositivos del Código Civil que resulten aplicables.

### **IV. DE LA CONTESTACIÓN DE DEMANDA PRESENTADA POR LA MUNICIPALIDAD**

16. Estando dentro del término que le fuera conferido, la ENTIDAD con fecha 14 de mayo de 2014, contestó a la demanda interpuesta por el CONSORCIO.

### **IV.1 Fundamentos de Hecho**

17. La MUNICIPALIDAD llevó adelante el proceso de selección en la modalidad de Adjudicación Directa Pública N° 011-2012-MDK/CEP, de cuyo proceso SIWAR obtuvo la Buena Pro.
18. En cuanto a la suscripción del CONTRATO, la MUNICIPALIDAD puntualiza que ésta se llevó adelante sin tener en cuenta los plazos establecidos en el REGLAMENTO. Entendiéndose que el artículo 148 estipulaba que de los dos días hábiles siguientes al consentimiento de la buena pro, la Entidad debe citar al postor ganador otorgándole el plazo establecido en las bases, el cual no podía ser menor de 5 ni mayor de 10 días hábiles, dentro del cual debe presentarse a la sede de la Entidad para la suscripción del contrato. Sin embargo, el CONTRATO se suscribió el 16 de julio de 2012, habiendo transcurrido casi tres meses luego del consentimiento de la Buena Pro, en tanto la variación referente al plazo y al procedimiento de la suscripción del contrato en el REGLAMENTO tuvo recién modificación el martes 7 de agosto de 2012.
19. La ENTIDAD, refiriéndose al considerando segundo de la demanda, sostiene que el CONSORCIO estaría alegando indebidamente el cumplimiento del marco de las obligaciones contractuales cuando este extremo no fue fijado ni considerado, aparentemente por negligencia del mismo DEMANDANTE y, en parte, por actuación de los responsables del proceso de selección y redacción del CONTRATO. Añade que ello demuestra que el CONTRATO fue elaborado y suscrito de manera anómala sin respetarse los plazos establecidos en el artículo 148 del REGLAMENTO, ni establecido el lugar en el que se ejecutaría el proyecto, por lo que las partes en aras del

entendimiento y cumplimiento efectivo del CONTRATO y, conocedores de los vacíos existentes, se debió haber dado salidas razonables al hecho.

20. Manifiesta así, que la MUNICIPALIDAD ha hecho los máximos esfuerzos en dotar con un terreno, a fin de que se concretar el proyecto, siendo que le comunicó al CONSORCIO de la existencia de una comisión encargada de la adquisición de terreno y, posteriormente, suscribió 3 contratos preparatorios de compra venta de terrenos agrícolas, de fechas 11 de junio de 2013 y 20 de junio de 2013, ubicados en la localidad de Sibayllohuato, distrito de Kimbiri, la misma que fue puesta a disposición del CONSORCIO, mediante carta N° 087-2013-MDK-GM/GAV-GM, de fecha 18 de julio de 2013. Y, afirma el DEMANDADO que a pesar de ello, SIWAR ha resuelto el CONTRATO.
21. Así mismo, la ENTIDAD asegura que, contrario a lo sostenido por el CONSORCIO, respecto a haber requerido reiteradamente a la MUNICIPALIDAD que entregue el terreno para iniciar los trabajos objeto del CONTRATO sin confarse con la disponibilidad del terreno en el que se ejecutaría el proyecto, a fin de dar sustento a su petitorio de daños y perjuicios, el DEMANDANTE alega la contratación de profesionales vía Locación de Servicios, lo que no constituye un documento de fecha cierta pues las firmas de los suscriptores del CONTRATO debieron legalizarse ante una notaría pública, suscribiéndose el CONTRATO a nombre de SIWAR.
22. No obstante, añade la ENTIDAD se tiene que el CONTRATO se dio a nombre de la empresa Ingeotecon EIRL, cuando debió haberse suscrito a nombre de SIWAR y firmado por su representante legal Víctor Portal Quicaña. El DEMANDADO refiere que se llega a contratar un jefe de proyecto, un responsable del estudio arquitectónico y un responsable del estudio de flora y fauna nativa, las 2 primeras de fecha 13 de agosto de 2012 y la última de fecha 16 de agosto de 2012, abonándose en las mismas fechas por concepto de adelanto las sumas de S/. 14,250.00 (Catorce mil doscientos cincuenta y 00/100 Nuevos Soles), S/. 23,150.00 (Veintitrés mil ciento cincuenta y 00/100 Nuevos Soles) y S/. 10,000.00 (Diez mil y 00/100 Nuevos Soles), respectivamente, presentándose recibos simples, dándole visos de no ser documentos formales, pues por tratarse de sumas elevadas debió habérseles abonado mediante recibo de honorarios u otro medio mínimamente.
23. De lo anterior, la ENTIDAD sostiene que dichos documentos han sido prefabricados por el CONSORCIO y otorgados a favor por los supuestos contratados, y con ello planteando, mediando la mala fe, una demanda de indemnización de daños y perjuicios a fin de sacar provecho y ventaja. Así, la MUNICIPALIDAD cuestiona que si SIWAR aún no se tenía el terreno o

Marco Antonio Martínez Zamora - Árbitro Único

espacio para la ejecución del proyecto, por qué contrató profesionales a solo un mes de la firma del CONTRATO, lo cual demuestra la actuación de

24. mala fe del DEMANDANTE, que ha conducido los hechos hasta llegar a un proceso de arbitraje, con el único fin de lucrarse y enriquecerse a costa del Estado.
25. Por ese motivo, la ENTIDAD considera que debe declararse infundada la demanda arbitral que le plantea SIWAR contra

#### IV.2 Fundamentos de Derecho

26. El DEMANDADO acoge sus fundamentos en lo dispuesto en la LEY y su REGLAMENTO, así como en los dispositivos del Código Civil que resulten aplicables.

#### V. DEL PROCESO ARBITRAL

##### V.1 De la Audiencia de Conciliación y Determinación de Puntos Controvertidos

27. Conforme a lo programado, el 24 de julio de 2014 se llevó a cabo la Audiencia de Conciliación y Determinación de Puntos Controvertidos, dejándose constancia de la asistencia de los representantes de ambas partes.
28. De otro lado, no habiéndose podido llevar adelante una conciliación sobre los temas en disputa, el Árbitro Único, con la anuencia de la parte asistente, estableció los siguientes puntos controvertidos:

##### Del CONSORCIO

Punto Controvertido: Determinar si corresponde que el árbitro Único ordene a la Municipalidad Distrital de Kimbiri el pago de la suma ascendente a S/. 210.000.00 (Doscientos diez mil y 00/100 Nuevos Soles) por concepto de daños y perjuicios a favor del Consorcio Siwar.

##### Costos y cotas del proceso

Además, el Árbitro Único deberá pronunciarse en el laudo acerca de los costos y su posible condena.

29. Acto seguido, el Árbitro Único procedió a admitir los siguientes medios probatorios, de conformidad con lo dispuesto en el acta de instalación:

**Del CONSORCIO:**

Se admitieron los medios de prueba ofrecidos en el rubro "VII. Medios Probatorios", de su escrito del 2 de abril de 2014.

**De la MUNICIPALIDAD:**

Se dejó constancia que la parte ofreció los mismos medios probatorios señalados por el CONSORCIO al momento de plantear la demanda arbitral.

**De Oficio:**

El Árbitro Único solicitó a la ENTIDAD la remisión de las Bases y la propuesta (técnica y económica) del CONSORCIO en el proceso de selección. Al efecto se le otorgó cinco (5) días hábiles para su presentación.

**V.2 De la Audiencia de Informes Orales**

30. Con fecha 9 de junio de 2015 se llevó a cabo la Audiencia de Informes Orales, donde el Árbitro Único otorgó el uso de la palabra al representante del CONSORCIO y posteriormente al de la MUNICIPALIDAD, a fin de que expusiesen sus argumentos. En dicha audiencia se fijó el plazo para expedir el laudo arbitral en treinta (30) días hábiles, precisando que el mismo vencería el día 22 de julio del año 2015.
31. Posteriormente, a través de la Resolución N° 12 del 10 de julio de 2015, el Árbitro Único amplió el plazo para laudar hasta el 4 de septiembre de 2015, precisando igualmente que laudo deberá ser notificado a las partes dentro de los cinco (5) días de expedido.

**VI. CONSIDERANDO:**

**VI.1 Cuestiones Preliminares**

32. Antes de analizar la materia controvertida, corresponde confirmar lo siguiente: (i) que el Árbitro Único se constituyó de acuerdo al convenio arbitral suscrito por las partes; (ii) que en momento alguno se impugnó o reclamó contra las disposiciones de procedimiento dispuestas en el Acta de Instalación; (iii) que el CONSORCIO presentó su escrito de demanda dentro del plazo dispuesto; (iv) que la MUNICIPALIDAD fue debidamente emplazada con la demanda, contestó ésta y ejerció plenamente su derecho de defensa; (v) que las partes tuvieron plena oportunidad para ofrecer y actuar todos sus medios probatorios, así como ejercieron la facultad de presentar alegatos; (vi) que el Árbitro Único ejerce función jurisdiccional y como tal no se encuentra subordinado a autoridad administrativa, ejerciendo sus competencias de conformidad con la

legislación aplicable y, (vii) que, el Árbitro Único está procediendo a laudar dentro del plazo que corresponde a las reglas de este proceso.

33. De otro lado, el Árbitro Único deja constancia que en el estudio, análisis y deliberación del presente arbitraje se han tenido en cuenta todos los argumentos y las alegaciones efectuadas por las partes, así como todos los medios probatorios aportados, haciendo un análisis y una valoración en conjunto de los mismos, de manera que la no referencia a un argumento o a una prueba no supone que no haya sido tomado en cuenta para su decisión.

## VI.2 NORMATIVA APLICABLE

34. De manera previa al análisis de las materias a resolver en este arbitraje, el Tribunal Arbitral considera necesario delimitar las normas aplicables, considerando las discrepancias suscitadas entre las partes, en relación a este tema.
35. Desde el punto de vista sustantivo, teniendo en consideración la fecha de convocatoria del proceso de selección respecto de la cual se deriva el CONTRATO celebrado entre las partes, la norma aplicable es el Texto Único Ordenado de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, aprobado mediante Decreto Legislativo N° 1017 (en adelante LEY) y su Reglamento aprobado mediante Decreto Supremo N° 184-2008-EF modificado por el Decreto Supremo N° 021-2009-EF (en adelante REGLAMENTO), así como las disposiciones aplicables de manera supletoria del Código Civil.

## VI.3 ASPECTOS GENERALES DE LA MATERIA A ANALIZAR

36. Podemos definir, de modo general y amplio que, desde el punto de vista subjetivo, el régimen de contrataciones pública regido por la Ley de Contrataciones del Estado<sup>1</sup> comprende la totalidad de entidades públicas, incluidas las empresas estatales y dentro de ellas las empresas mixtas en las que se mantenga el control público de sus decisiones, así como los diversos fondos, sociedades de beneficencia y juntas de participación social. Ello involucra una posición totalizadora del Legislador, que ha optado por eliminar cualquier posible resquicio respecto al ámbito de aplicación de dicho régimen, de modo tal que en los hechos no existe administración alguna, que pueda sostener per se su exclusión del régimen de contrataciones del Estado<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> En adelante la LCE.

<sup>2</sup> Este hecho en su momento constituyó un cambio dramático en el modo de afrontar las contrataciones y adquisiciones del Estado, puesto que con anterioridad a la Ley N° 26850 del 27

*Marco Antonio Martínez Zamora - Árbitro Único*

37. Como contraparte del ámbito subjetivo de aplicación del régimen de la LCE, tenemos a su vez, su ámbito objetivo, es decir el conjunto de contrataciones que se encuentran dentro de sus alcances, puesto que si bien todas las entidades públicas (o simplemente entidades como las llama la LCE) están sujetas a su ámbito, ello no implica que todos los contratos que suscriban sigan igual suerte. Todo depende, en estricto, de la materia contractual involucrada.
38. Esto quiere decir, que en principio toda contratación efectuada por una institución considerada estatal con cargo a recursos, debería hacerse bajo un régimen y procedimiento especial, que se denomina en el Perú como Régimen de Contratación Estatal, actualmente regido por el Decreto Legislativo N° 1017 (En adelante la LCE) y su Reglamento, aprobado mediante el Decreto Supremo N° 184-2008-EF (En adelante el RCE) y sus normas modificatorias y complementarias.
39. El sustento constitucional para dicha obligación, es el artículo 76º de la Constitución Política del Estado, en cuanto establece que "Las obras y la adquisición de suministros con utilización de fondos o recursos públicos se ejecutan obligatoriamente por contrata y licitación pública, así como también la adquisición o la enajenación de bienes", agregando la parte final de dicha disposición que corresponde a la ley establecer el procedimiento ,las excepciones y las respectivas responsabilidades<sup>3</sup>.

- de julio de 1997, que aprobó el texto original de la actual Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, existía en el Perú un régimen disperso y desconcentrado, en el que existía normativa distinta para los casos de obras, consultorios de obras, servicios y bienes, siendo que dentro de estos últimos supuestos resultaba paradigmático el caso de las empresas estatales, las que estaban sometidas a sus propias disposiciones internas, que no siempre resultaban igualmente accesibles, de facto, entre los potenciales proveedores del mercado en su conjunto. Es justamente en el ámbito de las empresas estatales donde se da aún la mayor tensión entre las disposiciones aplicables a todas las entidades estatales y las propias necesidades de un mercado en competencia, tal como ocurrió que con el caso de Petróleos del Perú S.A. – PETROPERU S.A., que obtuvo un régimen privativo especial para seleccionar al postor merecedor de la Buena Pro, pero siempre engarzado en las normas generales del régimen común, al igual que las Cajas Municipales a partir del ejercicio presupuestal 2010.
- <sup>3</sup> Al respecto, cabe traer a colación la sentencia del Tribunal Constitucional en el acápite 12 de los Fundamentos de la sentencia recaída en el Expediente N° 020-2003-AI/TC<sup>3</sup>, que al referirse al objeto del artículo 76º de la Constitución Política, relativo a la constitucionalidad de dicho régimen, sostiene que:"La función constitucional de esta disposición es determinar y, a su vez, garantizar que las contrataciones estatales se efectúen necesariamente mediante un procedimiento peculiar que asegure que los bienes, servicios u obras se obtengan de manera oportuna, con la mejor oferta económica y técnica, y respetando principios tales como la transparencia en las operaciones, la imparcialidad, la libre competencia y el trato justo e igualitario a los potenciales proveedores. En conclusión, su objeto es lograr el mayor grado de eficiencia en las adquisiciones o enajenaciones efectuadas por el Estado, sustentado en el activo rol de principios antes señalados (...)" (El subrayado es nuestro).

### El contrato en general

40. En esa línea, en la relación contractual existen un conjunto de obligaciones que rigen tanto para la parte privada o contratista, como también para la parte estatal. Manuel de la Puente y Lavalle<sup>4</sup> expresa sobre el particular que la obligatoriedad del contrato es la fuerza que obliga a tal cumplimiento, siendo que, el contrato como categoría general es obligatorio sea un contrato de derecho privado o público, pues en ambos casos ocurre exactamente lo mismo: "un acuerdo de declaraciones de voluntad para crear, regular, modificar o extinguir entre las partes una relación obligacional de carácter patrimonial. Asimismo, en uno y otro Derechos (público y privado) el contrato es obligatorio en cuanto se haya expresado en él".
41. En general, incluyendo el caso de los contratos en los que participa como parte el Estado (para adquirir o contratar según el caso un bien, un servicio o la ejecución de una obra), estos tienen como característica ser uno de prestaciones recíprocas, es decir un contrato en el cual las partes que lo celebran son deudoras y acreedoras la una de la otra, con independencia de la cantidad de prestaciones a las que cada una de ellas se obliga frente a la otra; es decir, son aquellos en los que los beneficios o ventajas que las partes pretenden lograr a través de la celebración y ejecución del contrato son recíprocos.
42. Sobre el particular De la Puente y Lavalle<sup>5</sup> señala que "Basta que los contratantes acuerden, mediante el consentimiento, que existen obligaciones vinculadas entre sí por ese mismo consentimiento, para que en virtud de la fuerza obligatoria que la ley concede al contrato, la obligación de un contratante sea correlativa a la obligación del otro y corran paralelas durante toda la vida del contrato, de tal manera que si una de ellas deja de cumplirse se pierde ese paralelismo, o al menos hay peligro de que se pierda, por lo cual el remedio es el dejar la otra parte de estar obligada por su obligación correlativa, con lo cual se recupera el equilibrio perdido".

*En estos contratos se genera un nexo especial que la doctrina denomina "correspondencia o reciprocidad" y que consiste en la interdependencia entre las partes, por lo que en tal sentido cada una no está obligada por sus propias prestaciones sino porque la otra parte, debe otras prestaciones. En conclusión, la o las prestaciones a cargo de una de las partes constituyen el presupuesto indeclinable de la o las prestaciones de la otra.*

<sup>4</sup> DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *El Contrato en General*. Vol. XI, Primera Parte, Tomo I, Lima, 1991, pág. 360

<sup>5</sup> DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *Estudios del contrato privado*. Cultural Cuzco S.A. editores, Lima 1983. Tomo I. Pág. 477.

La reciprocidad, encuentra su fundamento en una correlación de prestaciones, como señalan Luis Diez-Picazo y Antonio Gullón<sup>6</sup>, "Los deberes de prestación se encuentran entre sí ligados por un nexo de interdependencia, puesto que cada parte acepta el sacrificio que para ella supone realizar la prestación que le incumbe, con la finalidad de lograr como resultado la prestación que la otra parte debe realizar.", esta es pues la característica que tipifica a los contratos con prestaciones recíprocas, como el CONTRATO que nos ocupa.

Al respecto, resulta válida la descripción efectuada por Hedemann de lo que significa para cada una de las partes contratantes su posición jurídica, y que ha sido expresada en la siguiente frase: "yo estoy obligado frente a ti, al igual que tú lo estás frente a mí, no con carácter retorsivo, sino como una manifestación de un acuerdo integral"<sup>7</sup>.

43. Adicionalmente a las características de los contratos, en los casos en los que una de las partes sea la Administración, deberán tenerse en cuenta las disposiciones contenidas en el régimen de contratación estatal, es decir principalmente en la Ley y su Reglamento. En estos casos, las disposiciones civiles serán únicamente supletorias en defecto de la norma de contratación pública u otras normas de Derecho Público, debiendo primar la normativa específica, tal como se detallará en el acápite siguiente.

#### **El Contrato Administrativo en especial**

44. En el caso de los contratos en los que sea parte una entidad estatal y que se celebren para adquirir un bien, contratar un servicio o la ejecución de una obra, existen disposiciones especiales que le dan un carácter especial, tanto desde el punto de vista formal (necesidad de forma escrita), como sustancial (cláusulas obligatorias y prerrogativas especiales) que en estricto desigualan a las partes y constituyen, en los hechos, una suerte de contrato de adhesión en el cual el marco de negociación de las partes es limitado, dentro de los propios lineamientos establecidos en la respectiva normativa, las Bases del procesos y en los márgenes dentro de los cuales se puede tener por válida una propuesta y por subsistente un contrato.
45. Así, el artículo 142º del Reglamento aplicable, establece que:

*"El contrato está conformado por el documento que lo contiene, las Bases integradas y la oferta ganadora, así como los documentos derivados del*

<sup>6</sup> DIEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio. *Sistema de Derecho Civil*. Editorial Tecnos, Madrid. Volumen II. Pág. 162-163.

<sup>7</sup> Citado por DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. Op. Cil. Pág. 476.

proceso de selección que establezcan obligaciones para las partes y que hayan sido expresamente señalados en el contrato.

El contrato es obligatorio para las partes y se regula por las normas de este Título. Los contratos de obras se regulan, además, por el Capítulo III de este Título. En lo no previsto en la Ley y el presente Reglamento, son de aplicación supletoria las normas de derecho público y, sólo en ausencia de estas, las del derecho privado".

46. En este esquema, no puede negarse que existe una preeminencia de la parte estatal, que establece las condiciones de la convocatoria, los requerimientos técnicos mínimos y las propias Bases integradas a las que debe someterse todo postor que desee optar por la Buena Pro del proceso de selección convocado. No obstante, aún bajo dicho marco desigual, existen garantías o normas mínimas de protección para la parte privada, como lo vienen a ser los silencios positivos – incluida la aprobación de ampliaciones de plazo, la solución vía arbitral de las potenciales controversias entre las partes y, la propia presunción de licitud de los actos de la Administración, de modo tal que emitidos estos, el Contratista pueda tener la relativa certeza de su validez y permanencia en el tiempo.
47. Debe tenerse en cuenta que, en estos casos, la vinculación de la entidad con el otro, así como la relación de derechos y deberes que nacen como consecuencia de ello, no nacen de un acto unilateral, sea este un acto administrativo o un acto reglamentario, sino por el contrario, de un acto bilateral, en el que existe una conjunción de voluntades entre la entidad susceptible de ser considerada administración pública y su contraparte privada, pero delimitando dicha voluntad común a un conjunto de prerrogativas de la Administración y garantías que se otorga a quienes actúan como su contraparte contractual.
48. Por los primeros, la entidad sigue actuando con prerrogativas unilaterales bajo condiciones preestablecidas – tal y como ocurre con la aprobación de adicionales, con la nulidad administrativa del contrato o la aprobación de reducciones, mientras que por los segundos se establece como contraparte, un mínimo establecido por el Estado como aceptable, para un adecuado funcionamiento del mercado en el que participa como contraparte contractual – tal y como ocurre con la cláusula arbitral para la solución de controversias y la aprobación de sus solicitudes en los casos en los cuales la LCE o el Reglamento le da valor afirmativo al silencio que se genere en el contrato, como ya se ha mencionado.
49. En este sentido, tales cláusulas tienen una doble función: por un lado, velar por el adecuado uso de los recursos públicos, pero por otro, otorgar la suficiente predictibilidad del contratista, que le permita conocer los alcances de sus obligaciones y prerrogativas.

### **VI.3 ANÁLISIS DE LOS PUNTOS CONTROVERTIDOS**

50. Son dos temas muy concretos los que se discuten en el presente caso arbitral, el primero relativo a un pago indemnizatorio por los presuntos daños y perjuicios que el Contratista imputa le habría generado con motivo del incumplimiento de contrato alegado; el segundo, relativo a la condena de costos y costas procesales. Tales pretensiones se plantean de la forma siguiente:

Punto Controvertido: Determinar si corresponde que el árbitro Único ordene a la Municipalidad Distrital de Kimbiri el pago de la suma ascendente a S/. 210,000.00 (Doscientos diez mil y 00/100 Nuevos Soles) por concepto de daños y perjuicios a favor del Consorcio Siwar.

Costos y cotas del proceso

Además, el Árbitro Único deberá pronunciarse en el laudo acerca de los costos y su posible condena.

51. Como la determinación de los costos y costas del proceso viene a ser una obligación legal, establecida en la Ley de Arbitraje, el objeto principal a determinar es si resulta atendible el pedido indemnizatorio efectuado por el Contratista y, de ser positiva tal pregunta, establecer su cuantificación. En esa línea, el análisis debe efectuarse en dos etapas:

- a) La primera, determinar si en el contrato suscrito entre las partes hubo o no hechos que son imputables a la Entidad, susceptibles de indemnización y;
- b) De ser considerada pertinente tal reparación, si corresponde otorgar en todo o en parte la indemnización solicitada, conforme a los documentos aportados por una y otra parte, durante el desarrollo del proceso arbitral.

52. Sobre el primer tema, no es hecho controvertido el que se refiere a la falta de identificación o disponibilidad del terreno donde debían efectuarse los respectivos estudios de pre inversión e inversión, que debieron haber culminado en la aprobación de un expediente técnico o estudio definitivo, debidamente revisado y aprobado. Por el contrario, ha quedado acreditado que al momento de adjudicarse la Buena Pro y a la suscripción del Contrato N° 1154-2012-MDK-GM/LOGISTICA, no se contaba con un terreno disponible, sobre el cual diseñar el estudio contratado.

Sobre este tema, la Entidad sostiene que agotó sus mejores esfuerzos para obtener la disponibilidad de los terrenos necesarios, celebrando sendos compromisos o promesas de compraventa con diversos propietarios de la zona donde debía proyectarse el zoo criadero y parque botánico. Por el contrario, el Contratista sostiene que tales hechos no han implicado un

*Marco Antonio Martínez Zamora - Árbitro Único*

compromiso concreto, de modo tal que ningún momento durante la vigencia del contrato, la parte estatal habría estado en aptitud de hacer entrega del terreno y, con ello, de dar inicio a los trabajos contractuales.

53. Debe tenerse en cuenta que el Contrato suscrito entre las partes tenía una naturaleza compleja, pues comprendía en un solo vínculo obligacional dos fases claramente diferenciadas, correspondientes tanto a la fase de pre inversión (Estudios de perfil) como de inversión (elaboración del expediente técnico o estudio definitivo). Todo ello en un breve plazo de ciento ochenta (180) días calendario de los cuales, si nos ceñimos a las Bases integradas que son parte integrante del Contrato, noventa (90) días correspondían a la fase de elaboración del perfil técnico, sesenta (60) días a la elaboración del expediente técnico, así como quince (15) días para la evaluación y aprobación del perfil e igual número de días para la evaluación y aprobación del expediente técnico.

Todo lo cual implicaba un total de ciento (180) días calendario.

54. Siendo así, cabe destacar que el Contrato materia de análisis se suscribió el 16 de julio de 2012, rigiendo desde el día siguiente. El Contrato fue resuelto por el Contratista un año después, el 17 de julio de 2013, es decir al año exacto de su vigencia, sin que se haya verificado la ejecución de las obligaciones establecidas en los términos pactados.

¿Se puede afirmar que dicha falta de ejecución es imputable a la Entidad?

55. Según la Directiva General del Sistema Nacional de Inversión Pública (SNIP) aprobada mediante Resolución Directora N° 003-2011-EF/68.01 publicada en el Diario Oficial El Peruano el 9 de abril de 2011, se define al estudio a nivel de Perfil como la "*Estimación inicial tanto de aspectos técnicos como de beneficios y costos de un conjunto de alternativas*" (Anexo de definiciones).
56. En contraposición, el numeral 24 del Anexo Único del vigente Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, específicamente señala que:

**"24. Expediente Técnico de Obra:**

*El conjunto de documentos que comprende: memoria descriptiva, especificaciones técnicas, planos de ejecución de obra, metrados, presupuesto de obra, fecha de determinación del presupuesto de obra, Valor Referencial, análisis de precios, calendario de avance de obra valorizado, fórmulas polinómicas y, si el caso lo requiere, estudio de suelos, estudio geológico, de impacto ambiental u otros complementarios".*

57. Es decir, mientras que el Perfil implica únicamente una primera visión del proyecto, el expediente técnico o estudio definitivo, conlleva a la definición a nivel de detalle, del íntegro de los trabajos a ser ejecutados.
58. Así las cosas, resulta claro que para la elaboración del estudio definitivo, donde debía establecerse partidas y metrados específicos, era no sólo importante o necesario, sino incluso imprescindible contar con un terreno disponible. ¿Ocurre lo mismo que la fase de elaboración del perfil?
59. Si bien podría afirmarse que en una fase inicial del estudio, la disponibilidad del terreno no sería indispensable, la concatenación de actividades en el breve plazo pactado de ciento ochenta (180) días calendarios, así como la propia imposibilidad de la Entidad de contar con un terreno disponible, bajo su dominio, sobre el cual llevar a cabo los estudios contratados y que no había podido ser resuelto incluso transcurrido un año calendario desde la suscripción del Contrato, hace irrelevante tal discusión.

Incluso si pudiese haber subsistido cualquier potencial duda sobre la obligación o no de la Entidad de hacer la entrega del terreno en forma previa a la ejecución de los servicios contratados, de la propia misiva cursada entre las partes y que obra en el expediente que nos ocupa, queda claro que la Entidad tenía igualmente claro que debía contarse con un terreno disponible para la consecución de las obligaciones del Contrato.

60. Sin embargo, más allá de todo lo mencionado anteriormente, el hecho determinante para resolver la controversia respecto de la existencia de una causa para resolver el Contrato N° 1154-2012-MDK-GM/LOGISTICA por causa imputable a la Entidad, viene a ser el propio consentimiento de la imputación efectuada por la parte Contratista, conforme se puede apreciar de la siguiente secuencia de hechos:

- Mediante Carta Notarial de fecha 21 de junio de 2013 remitida a la Entidad el 8 de julio de los mismos, el Contratista requiere a la Entidad el cumplimiento de sus obligaciones contractuales, específicamente la entrega del terreno donde debía llevarse a cabo el servicio.
- Mediante Carta Notarial de fecha 17 de julio de 2013 remitida a la Entidad el día 19 de los mismos, el Contratista comunica la resolución de Contrato por causa imputable a la Municipalidad Distrital de Kimbiri.
- La Entidad no plantea arbitraje contra la decisión del Contratista, limitándose a remitir con fecha 21 de julio de 2013 (luego de la resolución de Contrato) una carta fechada tres días antes, por la que refiere que ya se cuenta con disponibilidad del terreno.

*Marco Antonio Martínez Zamora – Árbitro Único*

- En tal sentido, al haber pasado más de quince (15) días hábiles sin que la Entidad formule arbitraje, ha quedado firme la decisión del Contratista de dar por resuelto el contrato por causa imputable a la Entidad.
61. En este caso, la inacción o silencio de la Entidad en cuanto no ha cuestionado la decisión resolutoria de su contraparte, implica tanto la aceptación de la decisión adoptada, como su motivación, es decir la existencia de un hecho imputable a la Entidad, con todas las consecuencias que ello implica.
62. Dicho lo anterior, corresponde cuantificar los daños y perjuicios alegados por el Contratista, el que los fija en un monto cercano al valor adjudicado del Contrato, manifestando que la sumatoria de los perjuicios ocasionados comprenden lucro cesante, daño emergente y daño moral, por un total de S/. 210,000 (Doscientos diez mil y 00/100 nuevos soles) divididos en rubros iguales de S/. 70,000.00 (Setenta mil y 00/100 nuevos soles en cada caso).
63. Para tales efectos, tanto en su escrito de demanda, como en los escritos ampliatorios o complementarios posteriores, el Contratista presenta los argumentos por los cuales considera que le corresponde el monto solicitado, siendo que por su parte la Entidad asimismo, establece su posición así como los fundamentos por los que considera que tal monto indemnizatorio debe ser desestimado. Procederemos a analizar cada rubro a continuación.

#### **Sobre el lucro cesante**

64. El consorcio refiere que se origina por la no obtención de los recursos económicos necesarios en la oportunidad correspondiente, lo cual le originó un desmedro económico, viéndose imposibilitado de participar en otros procesos de selección al no tener los recursos económicos necesarios para las garantías correspondientes; tampoco de solventar otros procesos de selección, ya que, aduce el demandante que la entidad no le pagó en la oportunidad correspondiente. Asimismo, en sus escritos posteriores, identifica este rubro con el margen de utilidad previsto en los términos de referencia, para el Contrato.
65. Sobre el particular el Artículo 1321º del mencionado cuerpo legal que (...) el resarcimiento por la inejecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, comprende tanto el daño emergente como el lucro cesante, en cuanto sean consecuencia inmediata y directa de tal inejecución (...)"". En esa misma linea, el artículo 1331º del Código Civil, prescribe que la carga de la prueba de los daños y perjuicios y de su cuantía corresponden al perjudicado, en este caso al demandante.

*Marco Antonio Martínez Zamora – Árbitro Único*

66. En línea con lo anterior, la parte demandante ha presentado diversa documentación orientada a acreditar, tanto el perjuicio que le habría generado el incumplimiento de la Entidad en la entrega del terreno, así como el costo de oportunidad, entendido como el retorno que espera un inversionista por comprometer capital y asumir los riesgos de un determinado negocio, permitiéndole comparar entre alternativas de inversión con similar riesgo.

El costo de oportunidad se utiliza como herramienta para la toma de decisiones respecto de inversiones o proyectos potenciales (por ejemplo, no se efectúan proyectos que tiene un retorno menor al costo de oportunidad esperado). Refiere que el “(...) costo de oportunidad cuantifica el valor del dinero que le asigna el inversionista en el tiempo. Así se tiene que, si un inversionista considera comprar y vender un bien, la utilidad que obtendría, valorizada en términos financieros, sería equivalente a la tasa que obtendría en la mejor opción disponible. Por ello, la tasa a considerar como mínimo, debería ser por lo menos superior a la tasa que arriesga para poder conseguir los recursos económicos para ingresar al mercado<sup>8</sup>”.

67. En esa misma línea, una forma de delimitar el costo de oportunidad en un servicio específico, es mediante la rentabilidad sobre recursos propios, conocido también en inglés como Return On Equity (ROE). Esta rentabilidad se calcula como el beneficio neto después de impuestos / capital empleado para el servicio, lo cual muestra la rentabilidad que se podría obtener en el negocio en estudio”.

En cuanto a los incumplimientos- a efectos que el beneficio de incumplir no sea mayor al costo de tales incumplimientos, se debe reducir la brecha que existe entre el beneficio y el costo del incumplimiento, siendo que “Una de las formas de lograr esto es cuantificar los daños y perjuicios a consecuencia del incumplimiento, para ello existen una serie de pasos previos: primero se debe detectar el incumplimiento, luego se le debe procesar judicialmente, exigiéndose un resarcimiento (valorizando el incumplimiento), posteriormente hacer que cumpla con el pago respectivo. Si alguno de los pasos no se cumple el proceso queda incompleto, el infractor no percibe castigo alguno y su racionalidad sería seguir incumpliendo los acuerdos o contratos suscritos<sup>9</sup>”.

<sup>8</sup> El inversionista asume riesgos cuando decide iniciar una relación comercial, arriesga en la medida que el resultado esperado sea mayor a la tasa de riesgo.

<sup>9</sup> Lo mencionado es planteado en la teoría económica por diversos autores como Gary Becker en su obra, “Crime and Punishment: An Economic Approach” (1968), Premio Nobel de economía en 1992.

Marco Antonio Martínez Zamora – Árbitro Único

68. Siguiendo con el análisis del mencionado documento, se advierte que, en el caso específico del lucro cesante, este se encuentra referido a la utilidad dejada de percibir, es decir a lo que el Consorcio pudo obtener como rentabilidad de su trabajo y capital y que la resolución de contrato, por causa imputable a la Entidad (aceptada por esta al no haber planteado arbitraje contra ella), ha frustrado como expectativa.

Existen diversos métodos para determinar la utilidad no percibida o lucro cesante, uno de ellos – el más objetivo y que tendremos en cuenta para el presente análisis, consiste tener en cuenta el monto o porcentaje fijado en el Contrato o en los documentos que lo integran, ya sean estos las Bases del proceso, especificaciones técnicas, la propuesta del postor – y en defecto de cualquiera de dichas fuentes, la propia estructura de costos establecida por la Entidad en su estudio de posibilidades que ofrece el mercado.

69. En tal sentido, el Contratista con su escrito presentado el 7 de agosto de 2014 a este Tribunal Unipersonal, remite la estructura de costos establecida por la Entidad, la que establece un margen de utilidad del 10% del costo directo, tanto para la elaboración del perfil como - en igual porcentaje - para la elaboración del expediente técnico. De este modo, las utilidades parciales previstas corresponden a S/. 9,623.05 y S/. 10.925.50, lo que hace un total de S/. 20,548.55 antes de aplicar el IGV. Si ha dicho monto le agregamos Impuesto General a las Ventas, para tener el monto facturable a ser reconocido por este rubro, tenemos que S/. 20,548.55 + 3,698.74, lo que nos da un monto definitivo de S/. 24,247.29 (Veinticuatro mil doscientos cuarenta y siete y 29/100 nuevos soles).
70. En tal sentido, respecto del lucro cesante la pretensión del Contratista deviene en fundada en parte, teniendo en cuenta que si bien su reclamo es por la suma de S/. 70,000.00, conforme a la propia documentación que ha acreditado, el lucro cesante se circunscribe al monto establecido en el párrafo anterior.

#### Sobre el daño emergente

71. A diferencia del lucro cesante, que viene a ser la utilidad no percibida por la frustración de la ejecución del contrato, el daño emergente viene a ser el efectivamente irrogado al patrimonio del demandante por efecto del incumplimiento del Contrato de su contraparte, partiéndose de la premisa que no le corresponde asumir los costos que ha tenido que asumir en tanto se encontró vigente la relación contractual entre las partes. Sin embargo, no se trata de un reconocimiento abierto y absoluto, sino que los gastos incurridos y que corresponde retribuirsele, deben estar relacionados necesariamente con el objeto del Contrato, encontrarse debidamente justificados y debidamente acreditados.

*Marco Antonio Martínez Zamora – Árbitro Único*

72. Específicamente, en cuanto al daño emergente El CONSORCIO afirma haber sufrido pérdidas como consecuencia directa de la omisión por parte de la MUNICIPALIDAD, la que asciende a S/. 70, 000.00 (Setenta mil y 00/100 Nuevos Soles). Para tales efectos, durante el proceso arbitral que nos ocupa, ha aportado un conjunto de documentos como son contratos con profesionales, gastos financieros, gastos de traslado, movilidad, entre otros.
73. Específicamente, los documentos que aporta para acreditar los gastos y consecuentes daños sufridos, son los siguientes:

- a) **Contrato de locación de servicios celebrado con una duración de noventa (90) días y un monto de S/. 46,300.00, por una de las empresas consorciadas con Edwin Portal Quicaña, acompañado de un recibo simple sin efectos tributarios por la suma de S/. 23,150.00.**

En cuanto a este punto, el Árbitro Único no puede dar por válido el pago que se imputa como efectuado, habida cuenta que no existe pago alguno efectuado de modo formal, mediante cualquier comprobante de pago reconocido por el ordenamiento jurídico vigente, siendo que no resulta pertinente validar una situación que, en todo caso o bien no se acreditado o bien deviene en irregular. Ninguna persona jurídica, como es el caso de la empresa que firma contrato y que alega haber retribuido al respectivo profesional, puede sustentar su pago en documentos que no cumplen dicha finalidad acreditativa y que implicaría una trasgresión del ordenamiento legal vigente.

- b) **Contrato de locación de servicios celebrado con una duración de sesenta (60) días y un monto de S/. 28,500.00, por una de las empresas consorciadas con Juan Carlos Sánchez Paredes, acompañado de un recibo simple sin efectos tributarios por la suma de S/. 14,250.00.**

En cuanto a este punto, el Árbitro Único no puede dar por válido el pago que se imputa como efectuado, habida cuenta que no existe pago alguno efectuado de modo formal, mediante cualquier comprobante de pago reconocido por el ordenamiento jurídico vigente, siendo que no resulta pertinente validar una situación que, en todo caso o bien no se acreditado o bien deviene en irregular. Ninguna persona jurídica, como es el caso de la empresa que firma contrato y que alega haber retribuido al respectivo profesional, puede sustentar su pago en documentos que no cumplen dicha finalidad acreditativa y que implicaría una trasgresión al ordenamiento legal vigente.

- c) **Contrato de locación de servicios celebrado con una duración de sesenta (60) días y un monto de S/. 20,000.00, por una de las empresas consorciadas con Carlos Emilio Carrasco Badajoz, acompañado de un recibo simple sin efectos tributarios por la suma de S/. 10,000.00.**

En cuanto a este punto, el Árbitro Único no puede dar por válido el pago que se imputa como efectuado, habida cuenta que no existe pago alguno efectuado de modo formal, mediante cualquier comprobante de pago reconocido por el ordenamiento jurídico vigente, siendo que no resulta pertinente validar una situación que, en todo caso o bien no se acreditado o bien deviene en irregular. Ninguna persona jurídica, como es el caso de la empresa que firma contrato y que alega haber retribuido al respectivo profesional, puede sustentar su pago en documentos que no cumplen dicha finalidad acreditativa y que implicaría una trasgresión del ordenamiento legal vigente.

- d) **Carta fianza de fiel cumplimiento del contrato, emitida por la Caja Municipal de Ahorro y Crédito de Ica por la suma S/. 29,096.50, así como la documentación de sustento que acredita que, para su otorgamiento se constituyó un depósito a plazo fijo por la misma cantidad de la garantía emitida, así como se devengó un costo total por comisión para su emisión ascendente a la suma de S/. 1,163.91.**

En este extremo, el Contratista ha acreditado el costo que le imputó la indicada Caja Municipal de Ica, así como que para la obtención de la garantía de fiel cumplimiento, tuvo que efectuar un depósito a plazo fijo, que si bien le generó una inmovilización de capital por la misma suma de S/. 29,096.50 por la que ha recibido intereses anuales ascendentes a 1% anual o 2% en dos años. No acredita por el contrato, ningún otro costo de mantenimiento de la carta fianza presentada, por lo que su eventual monto, no puede ser reconocido por este Tribunal Arbitral.

En consecuencia, en este tema, solo corresponde reconocerle la suma de S/. 1,163.91 que si ha sido acreditado con el comprobante de pago emitido por la citada Caja Municipal Ica.

- e) **Carta fianza de seriedad de oferta emitida por la Caja Municipal de Ahorro y Crédito de Ica por la suma S/. 4,364.50.**

Sobre este tema, el Contratista sostiene que dicha emisión le generó un costo de S/. 174.60, monto que si bien no ha sido acreditado mediante el comprobante de pago respectivo, debe ser reconocido si se tiene en cuenta que deviene en razonable y verosímil, en función a su comparación con el costo de la expedición de la garantía de fiel

Marco Antonio Martínez Zamora - Árbitro Único

cumplimiento, respecto de la cual si se presentó el respectivo comprobante de pago.

**f) Otros costos incurridos en el proceso de selección**

En este rubro, sobre la base de su propuesta técnica, que es parte de la documentación que obra en el expediente del presente proceso arbitral, el Contratista alude a los siguientes gastos: i) Tramitación de la vigencia de poder por cada una de las tres empresas consorciadas con un total de S/. 75.00; ii) Certificados de habilidad de siete profesionales con un total de S/. 140.00 a razón de veinte nuevos soles por certificado; iii) viaje a Pichari para presentar propuestas, con un total de S/. 200.00.

Los tres rubros indicados en este extremo por el Contratista resultan razonables y acordes con los costos existentes a la fecha de presentación de propuestas, por lo que corresponde reconocer este extremo de su pretensión, con un total de S/. 415.00.

**g) Otros costos incurridos en el trámite de firma del Contrato**

El Contratista alude en este rubro, sin perjuicio de los ya analizados en los literales precedentes, a los costos incurridos por su parte en: i) Tramitación de la constancia de no estar inhabilitado para contratar con el Estado, por cada uno de los consorciados y con un total de S/. 596.00; ii) Certificación de firmas del Consorcio SIWAR con un total de S/. 100.00; iii) Traslado para suscribir contrato con total de S/. 300.00.

Estos montos resultan razonables y acordes con los costos existentes a la fecha de presentación de propuestas, por lo que corresponde reconocer este extremo de su pretensión, reduciendo sin embargo el costo del traslado para la firma del Contrato, no habiendo motivo alguno para que se la diferencie del primer traslado efectuado (para la presentación de la propuesta) en el que únicamente se devengó un total de S/. 200.00. En consecuencia, el total acumulado a ser reconocido en este rubro, asciende a la suma de S/. 896.00.

**h) Otros costos incurridos luego de suscrito el Contrato**

Sin perjuicio de los temas ya tratados en los literales precedentes, se incorpora en este rubro los siguientes temas: i) Viaje del equipo técnico a la Selva Central (S/.500.00); ii) Cartas notariales y notificación a Pichari (S/. 300.00); iii) Otros gastos tales como fotocopias, envíos, pasajes, otros varios de julio de 2012 al 24 de julio de 2014 (fecha de presentación del escrito del Contratista donde detalla el daño emergente que invoca) por una suma de S/. 2,000.00.

Sobre el viaje del equipo técnico del Contratista a la Selva Central, se aprecia que este no se encontraba dentro de la estructura de costos o de las tareas que correspondían al Contratista en la etapa de elaboración del perfil, mucho menos en la etapa de elaboración del expediente técnico. Del mismo modo, bajo ningún otro concepto resulta razonable trasladar tales costos a la Entidad, pues el Consorcio obtuvo la Buena Pro sobre la base de la experiencia y conocimiento de su personal, siendo que no puede pretenderse trasladar los costos de aprendizaje o entrenamiento del equipo a la otra parte.

En cuanto a los costos invocados por cartas notariales y notificación a Pichari, se advierte de la documentación que obra en el expediente, que el Contratista incurrió en tales gastos notariales, siendo razonable el monto imputado de S/. 300.00, que de este modo se reconoce.

En cuanto a los otros gastos, que fija que la suma de S/. 2,000.00, no existe ningún documento ni parámetro alguno que permita evaluar su razonabilidad o perfinicia, motivo por el cual se desestima.

#### I) Gastos arbitrales ante el OSCE y en proceso arbitral

Estos son parte de las costas y costos procesales y se analizarán en su respectivo acápite, no pudiendo ser parte del análisis del daño emergente.

74. En consecuencia, del análisis de todos los literales anteriores, por concepto de daño emergente, cabe reconocer los siguientes montos:

- S/. 1,163.91 por costo de expedición de la garantía de fiel cumplimiento.
- S/. 174.60, por costo de expedición de la garantía de seriedad de oferta
- S/. 415.00 por otros costos incurridos durante el proceso de selección.
- S/. 896.00 por otros costos incurridos durante el trámite de firma del contrato.
- S/. 300.00, por otros costos incurridos en el trámite de resolución del contrato.

Total por daño emergente: S/. 2,949.51 al que si le agregamos el Impuesto General a las Ventas (pues el Contratista deberá facturar este monto para efectos de su pago, tenemos lo siguiente: S/. 2,949.51 + S/. 530.91, que nos da un nuevo total de S/. 3,480.42.

#### Sobre el daño moral

75. En un monto similar al requerido para los otros rubros, el Contratista solicita se le reconozca esta indemnización de naturaleza estimativa, considerando

que el daño moral se ha producido por el menoscabado de su salud emocional y bienestar corporal, así como además su prestigio; que ello devino en desprecio, como constantes quejas por parte de sus acreedores, así como en motivo de burla por otras empresas del rubro.

76. Cabe mencionar que, si existe un rubro indemnizatorio que se precie de ser estrictamente estimativo y de cálculo absolutamente subjetivo, este viene a ser la indemnización por el daño moral. Dicho tipo de indemnización, compensa la afectación por el sufrimiento o la afectación al buen nombre o reputación de una persona, la que podrá variar en cada caso dependiendo de los alcances de la ofensa, el prestigio inicial del perjudicado, la naturaleza o contenido de la ofensa, entre otros factores vinculados..
77. Sobre el tema, el Consorcio SIWAR planteó un resarcimiento ascendente a S/. 70,000.00 (Setenta mil y 00/100 nuevos soles). Para tales efectos, se sostuvo que el actual demandante había sufrido un daño moral por el sufrimiento derivado del incumplimiento de la Entidad, así como de la consecuente afectación de su imagen y reputación frente a otras empresas y respecto de sus proveedores.

Conforme a ello, considera que tales circunstancias lo desacreditan ante sus proveedores y clientes, tanto actuales como potenciales.

78. La doctrina discute si puede imputarse daño moral a las personas jurídicas o, si por el contrario, tal daño se encuentra circunscrito a las personas naturales. Debe tenerse en cuenta que la Constitución Política del Estado en su artículo segundo, al enumerar los derechos fundamentales de las personas, no distinguen entre las personas naturales y jurídicas, debiendo entenderse que a estas últimas les corresponden los mismos derechos en tanto no sean incompatibles con su naturaleza.
79. Siguiendo en este tema a Cristián Boetsch Gillet<sup>10</sup>, dado que el concepto del daño moral fuera del ámbito pecuniario, la primera cuestión que surge raya entre lo jurídico y lo ontológico: ¿pueden o no las personas jurídicas sufrir un daño moral? Esto es, si pese a ser entes carentes de una realidad física pueden padecer perjuicios en la esfera de lo intangible y lo incommensurable.
80. Refiere el autor, que una primera reacción fue rechazar la posibilidad de que una persona jurídica pudiera demandar daños de este carácter. Según se dijo, la legitimidad de este tipo de personas pugnaría con el hecho de

<sup>10</sup> "Daño Moral en las Personas Jurídicas" En: Revista El Abogado - Colegio de Abogados de Chile <http://derecho.uc.cl/Derecho-UC-en-los-medios/profesor-cristian-boetsch-gillet-dano-moral-en-las-personas-juridicas.html>

que se trata de entes ficticios, incapaces de tener sensaciones como el sufrimiento, la depresión o la angustia, y que en tanto tales, jamás podrían padecer un daño fuera de su patrimonio. Lo anterior, se afirmaba, sería coherente con la finalidad instrumental de las personas jurídicas, quienes no tienen una dignidad intrínseca como los seres humanos, dada por su propia naturaleza, sino exclusivamente en virtud de la ley y para obrar dentro de los márgenes que el ordenamiento le reconoce.

81. Sin embargo, con el auge de la doctrina de los derechos de la personalidad, la conclusión anterior fue refutada. Si bien es claro que una persona jurídica no puede sufrir angustia, depresión o cualquier otra forma de sentimiento doloroso por un hecho ocasionado por tercero, ello no la priva del reconocimiento que el derecho le hace de toda una gama de atributos que los seres humanos también compartimos, que se estiman inherentes a la personalidad en sí y son indispensables para un pleno y libre desarrollo en una sociedad, como el domicilio, el nombre, la imagen o el honor.
82. Por cierto, un ataque a la reputación de una persona jurídica – o de un Consorcio – como en el presente caso – no tiene ninguna relevancia subjetiva para un ente que no posee sentimientos y no tiene estima sobre sí mismo. Pero ello no impide que objetivamente exista una lesión en la realidad que afecta a la persona jurídica en la percepción que terceros tienen sobre esta, la que se erosiona como resultado de una conducta imputable a culpa o dolo de una persona autora del daño.

Negar este aspecto de las personas jurídicas degradaría el concepto mismo de personalidad; esta quedaría reducida solamente a un patrimonio con independencia de los complejos e indivisibles factores que la componen.

83. Así las cosas, el daño moral en la persona jurídica lo constituye la lesión a la fama o la imagen empresarial. La fama empresarial incide en el valor llave-derecho de llave o goodwill, y hace referencia a la reputación comercial, que constituye un activo que representa un valor comercial real, que se refleja en la preferencia de los consumidores, la credibilidad de la empresa ante el público y en su buen nombre o prestigio. La fama mercantil puede afectar positiva o negativamente, agregando valor o devaluando la empresa y sus intangibles, tales como sus marcas, secretos industriales, patentes, etc. La fama mercantil crece o disminuye también gracias al factor humano, la dirección del negocio, su gerenciamiento entre otros. La afectación a la fama mercantil, genera un daño irreparable, similar al que sufre una persona natural, al ser afectada su honorabilidad.
84. Al esparcirse una comunicación falsa de cualquier tipo u origen, sobre la mala calidad de un producto o servicio que se brinda, la falta de higiene en un restaurante, la irresponsabilidad en la administración de una sociedad;

desvelar sus secretos industriales, filtrar planes de mercadeo, o generarle cualquier tipo de daño, se afecta directamente su fama mercantil, lo que genera un reducción de los ingresos y probablemente puede llevar a la quiebra a la empresa.<sup>11</sup>.

85. En ese mismo sentido, Osterling Parodi manifiesta que el daño moral debe ser lo más amplia posible, incluyendo todo daño o perjuicio a la persona en sí misma —física o psíquica—, así como todo atentado contra sus intereses extra patrimoniales, es decir, “todo menoscabo de un bien no patrimonial o a un interés moral por quien se encontraba obligado a respetarlo, ya sea en virtud de un contrato o de otra fuente”, siendo que tal concepto justificaría su extensión a las personas jurídicas, por cuanto también son susceptibles de la lesión de bienes no patrimoniales.

Refiere que el daño moral es toda lesión, conculcación o menoscabo de un derecho subjetivo o interés legítimo, de carácter extra patrimonial, sufrido por un sujeto de derecho como resultado de la acción ilícita de otra persona, para concluir que “(...)sería inaceptable dejar desprotegidos estos derechos de una persona jurídica y se debe tomar en cuenta que toda persona titular de derechos subjetivos extra patrimoniales o de intereses legítimos que revistan el mismo carácter puede ser sujeto pasivo de daño moral”.

86. Tomando como punto de partida la posibilidad de reconocer daño moral a las personas jurídicas o al Consorcio como ente ideal sin personería jurídica propia, sin embargo, en el caso concreto bajo análisis, consideramos que el daño o la afectación a la imagen empresarial se encuentra íntimamente vinculada a la imputación misma de incumplimiento, cuyo análisis ya se ha efectuado en los acápite anteriores al analizar el daño emergente. Es más, debe quedar claro que el Contratista no ha acreditado adicionalmente la afectación a su prestigio, ya sea mediante actos de la Entidad frente a medios de prensa, instituciones públicas o terceros en general, ni respecto a una situación de precariedad empresarial frente a sus propios proveedores.

El hecho que la cuantificación del daño moral sea estimativo, no conlleva consigo a una exoneración de la prueba por quien lo alega, en este caso le Consorcio.

<sup>11</sup>

[http://www.lurisco.com/index.php?option=com\\_content&view=article&id=58%3Adano-moral&catid=34%3Afirmo&Itemid=1](http://www.lurisco.com/index.php?option=com_content&view=article&id=58%3Adano-moral&catid=34%3Afirmo&Itemid=1)

Marco Antonio Martínez Zamora - Árbitro Único

87. En tal sentido, los hechos invocados por el Contratista para reclamar el pago de una indemnización por daño moral, son los mismos y han sido comprendidos en el análisis para conferir la indemnización por daños y perjuicios conferidos por el daño directo que se generó por el incumplimiento de su contraparte.
88. Así las cosas, debe desestimarse el solicitud formulada por el actual demandante para que de modo independiente a la indemnización por daños y perjuicios en el rubro de daño emergente, se le confiera una adicional e independiente por concepto de daño moral.

**A modo de conclusión**

89. Sumando el lucro cesante y el daño emergente reconocido, tenemos lo siguiente:  
 $S/. 24,247.29 + S/. 3,480.42 = S/. 27,727.71$  (Veinte siete mil setecientos veintisiete y 71/100 nuevos soles) incluido el Impuesto General a la Ventas.

**VII. COSTAS Y COSTOS DEL ARBITRAJE**

90. En cuanto a costas y costos se refiere, los artículos 56º 69º, 70º y 73º de la Ley de Arbitraje, Decreto Legislativo N° 1071, disponen que los árbitros se pronunciarán en el Laudo sobre los costos del arbitraje, teniendo presente, de ser el caso, lo pactado en el convenio, y que si el convenio no contiene pacto alguno, los árbitros se pronunciarán en el Laudo sobre su condena o exoneración, teniendo en cuenta el resultado o sentido del mismo.
91. Los costos incluyen, pero no se limitan, a las retribuciones del Árbitro Único y de los abogados de las partes; y, en su caso, la retribución a la institución arbitral. Además, el artículo 73º en su inciso primero establece que en el laudo los árbitros se pronunciarán por su condena o exoneración, teniendo en cuenta el resultado o sentido del mismo. Si no hubiera condena, cada parte cubrirá sus gastos y los que sean comunes en iguales proporciones.
92. En este sentido, el Árbitro Único ha apreciado durante la prosecución del proceso que ambas partes han actuado, finalmente, basadas en la existencia de razones para litigar que a su criterio resultan atendibles, y que por ello, han litigado honestamente y convencidas de sus posiciones ante la controversia. No debe olvidarse que la controversia no ha estado referida a la pertinencia o no de la resolución del contrato por causa imputable a la Entidad, tema sobre el cual esta última aceptó al no haber interpuesto arbitraje o reconvenCIÓN alguna sobre la materia, sino únicamente sobre la existencia de eventos indemnizables y, en ese contexto, de su eventual

Marco Antonio Martínez Zamora – Árbitro Único

cuantificación, aspectos los cuales han tenido un razonable nivel de incertidumbre jurídica.

93. Por consiguiente, considera que no corresponde condenar a ninguna de ellas al pago exclusivo de los gastos del proceso arbitral, es decir, cada parte debe asumir el 50% de todas las costas y costos del presente proceso.

Por lo que el Árbitro Único, en derecho;

**LAUDA:**

**PRIMERO:** Declarar **FUNDADO EN PARTE** el primer punto controvertido del proceso arbitral, que corresponde a la Primera Pretensión Principal de la demanda y, por su efecto, determinese que, corresponde a la Municipalidad Distrital de Kimbiri abonar a favor del CONSORCIO SIWAR el pago de la suma ascendente a S/. 27,727.71 (Veinte siete mil setecientos veintisiete y 71/100 nuevos soles) incluido el IGV, por concepto de daños y perjuicios, conforme a los fundamentos expuestos en la parte considerativa del presente Laudo Arbitral, desestimándola y declarándola **INFUNDADA** en todos los demás aspectos que contiene.

**SEGUNDO:** Dispóngase que corresponde a cada parte asumir el 50% de los honorarios del Árbitro Único y Secretaría Arbitral, debiendo asumir cada parte los propios gastos que le hubiese devengado su defensa en el presente caso arbitral.

**TERCERO:** Establézcase los honorarios del Árbitro Único y de la Secretaría Arbitral en los montos previamente cancelados.

**CUARTO:** Notifíquese el presente Laudo Arbitral al Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado-OSCE.

Notifíquese a las partes.

MARCO ANTONIO MARTINEZ ZAMORA  
Árbitro Único

MIGUEL SANTA CRUZ VITAL  
Secretario Arbitral