

RESOLUCIÓN N° 12

Lima, 27 de abril de 2016

LAUDO

I. INTRODUCCIÓN.-

Laudo Arbitral Nacional de Derecho

Emitido por Árbitro Único:

Gonzalo García Calderón Moreyra

Actuando como Secretario:

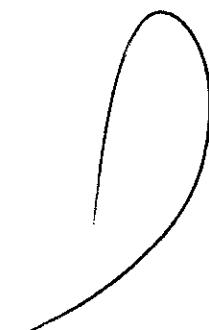
Alberto Molero Rentería

Según el Proceso Arbitral seguido entre:

M&F Servicios Empresariales S.A.C., representada por Ernesto Víctor Salas Muñoz (en adelante, el CONTRATISTA o el DEMANDANTE).

v.

Municipalidad de Breña, representada por Manuel Juan Ocampo Rodriguez (en adelante, la ENTIDAD o la DEMANDADA).



Árbitro Único
Gonzalo García-Calderón Moreyra

VISTOS:

II. EXISTENCIA DEL CONVENIO ARBITRAL.-

Con fecha 04 de junio de 2014, la empresa M&F Servicios Empresariales S.A.C y la Municipalidad Distrital de Breña suscribieron el Contrato N° 04-2014/MDB (en adelante, el "CONTRATO"), cuyo objeto es realizar el Servicio de Recolección, Transporte y Disposición Final de Residuos Sólidos.

Habiendo surgido una controversia entre las partes, con fecha 16 de enero de 2015, la empresa M&F Servicios Empresariales S.A.C remitió por vía notarial una solicitud de arbitraje a la ENTIDAD, al amparo del convenio arbitral contenido en la cláusula décimo séptima del CONTRATO.

De lo anterior queda establecida la competencia arbitral, al haberse verificado el convenio arbitral suscrito entre las partes y la concurrencia de las condiciones para su validez.

III. DESIGNACIÓN DEL ÁRBITRO ÚNICO.-

Mediante Oficio N° 2201-2015-OSCE/DAA de fecha 15 de abril de 2015, la Dirección de Arbitraje Administrativo del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE) remite al doctor Gonzalo Félix García Calderón Moreyra una copia de la Resolución N° 108-2015-OSCE/PRE de fecha 14 de abril de 2015, mediante la cual la Presidencia Ejecutiva del OSCE lo designa como Árbitro Único del presente proceso. El referido árbitro acepta la designación mediante comunicación recibida por el OSCE el 21 de abril de 2015.

IV. TIPO DE ARBITRAJE.-



Árbitro Único
Gonzalo García-Calderón Moreyra

El 7 de julio de 2015 se llevó a cabo en la sede institucional del OSCE la Audiencia de Instalación de Árbitro Único Ad Hoc. A dicha audiencia asistió en representación del DEMANDANTE el señor Ernesto Victor Salas Muñoz, y en representación de la DEMANDADA la doctora Mary Luz Mamani Mamani.

En la referida Audiencia de Instalación de Árbitro Único Ad Hoc se estableció que el árbitro único ha sido debidamente designado y que, en virtud de lo pactado en la cláusula décimo séptima del CONTRATO, el arbitraje sería ad hoc, nacional y de Derecho.

V. REGLAS APLICABLES AL PRESENTE ARBITRAJE.-

En la Audiencia de Instalación de Árbitro Único Ad Hoc, el Árbitro Único se ratificó en su aceptación al cargo para el que fue nombrado y quedaron firmes las reglas procesales consignadas en dicha Acta.

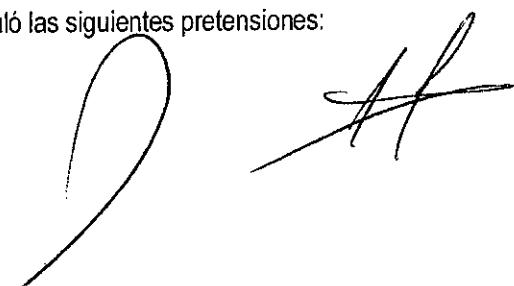
Así, se estableció que para el proceso arbitral, serán de aplicación las reglas procesales establecidas en dicha Acta, la Ley de Contrataciones del Estado, su Reglamento, las Directivas que apruebe el OSCE y, supletoriamente, lo dispuesto en el Decreto Legislativo N° 1071, Decreto Legislativo que norma el arbitraje.

Aunado a ello, en caso de deficiencia o vacío, respecto a las reglas del proceso, el Árbitro Único queda facultado a resolver en forma definitiva del modo que considere apropiado, respetando el principio de legalidad y resguardando el derecho constitucional al debido proceso y al derecho de defensa de las partes, velando porque el procedimiento se desarrolle bajo los principios de celeridad, equidad, inmediación, privacidad, concentración, economía procesal y buena fe.

VI. ALEGACIONES DE LAS PARTES.-

En el Acta de Instalación anteriormente referida, el Árbitro Único declaró abierto el proceso y otorgó al DEMANDANTE un plazo de diez (10) días hábiles a fin de que cumpla con formular sus pretensiones y con ofrecer los medios probatorios que las respaldan.

Por escrito presentado el 21 de julio de 2015, el DEMANDANTE formuló las siguientes pretensiones:



6.1. Pretensiones formuladas en la Demanda presentada por el DEMANDANTE:

Las pretensiones planteadas por el DEMANDANTE se transcriben a continuación:

"Interponemos DEMANDA ARBITRAL para que la demandada MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE BREÑA para que se nos abone:

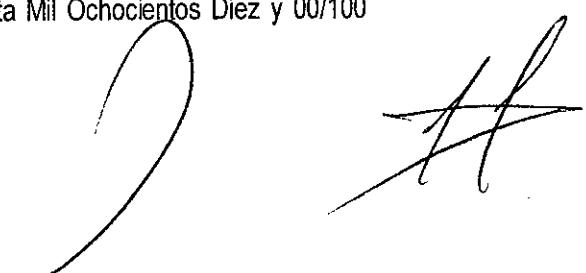
1. *La suma de S/. 610,412.46 (SEISCIENTOS DIEZ MIL CUATROCIENTOS DOCE Y 46/100 NUEVOS SOLES) más intereses legales generados por el impago de los servicios, costas y costos del proceso arbitral, resultante de los servicios efectivamente prestados a la Municipalidad Distrital de Breña entre la primera quincena de Noviembre de 2015 y la fecha de resolución del contrato y que no fueron cancelados en su debida oportunidad.*
2. *Asimismo, acumulativamente solicitamos se nos abone la suma de S/. 139,650.81 (CIENTO TREINTINUEVE MIL SEISCIENTOS CINCUENTA CON 81/100 NUEVOS SOLES), por concepto de daño emergente y lucro cesante, derivado de la resolución del contrato por incumplimiento de pago de la Municipalidad demandada y que desarrollaremos en el cuerpo de la presente demanda" [sic].*

6.2. Posición del DEMANDANTE:

El DEMANDANTE sustenta su posición en los siguientes fundamentos:

§ Hechos

- i. Con fecha 04 de junio de 2014, la empresa M&F Servicios Empresariales S.A.C. y la Municipalidad Distrital de Breña suscribieron el CONTRATO, cuyo plazo de vigencia iniciaba el 5 de junio de 2014 y finalizaba el 4 de junio de 2015.
- ii. Asimismo, dicha ejecución estaba garantizada con la Carta Fianza N° 000652182460 por el monto de S/. 360,810.00 (Trescientos Sesenta Mil Ochocientos Diez y 00/100



Nuevos Soles), emitida por el Banco Financiero, que demandaba una importante erogación financiera por parte del DEMANDANTE.

§ Respecto a la primera pretensión principal

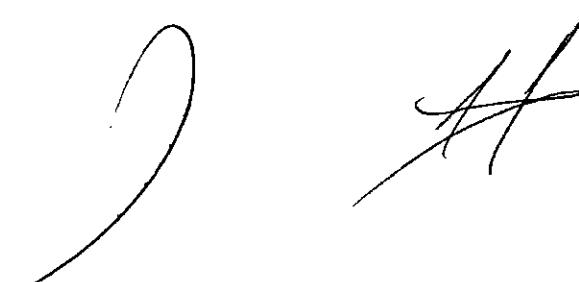
- i. Que, respecto a los incumplimientos contractuales cometidos por la DEMANDADA, el DEMANDANTE refiere que esta no habría realizado los pagos correspondientes a sus servicios prestados desde casi el inicio de la ejecución contractual hasta la segunda quincena del mes de octubre de 2014, por lo que se habría generado una deuda de S/ 1'995,504.16 (Un millón Novecientos Noventa y Cinco Mil Quinientos Cuatro y 16/100 Nuevos Soles).
- ii. Que, sobre el particular, el DEMANDANTE indica que la ENTIDAD habría reconocido dicha deuda mediante Resolución de Alcaldía N° 437-2014-DA/MDB de fecha 05 de diciembre de 2014, ratificando ello mediante Acta de Conciliación N° 2420-2014 de fecha 22 de diciembre de 2014.
- iii. Que, en ese sentido, el DEMANDANTE alega que se demostraría la intención por parte de la DEMANDADA de no cumplir con el pago por los servicios prestados, a pesar de que ello constitúa una obligación contractual, de conformidad con la cláusula cuarta del CONTRATO y los artículo 180º y 181º del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.
- iv. Que, del mismo modo, el DEMANDANTE señala que dicha conducta por parte de la DEMANDADA no cambió, sino que incumpliría con el pago desde el mes de noviembre de 2014 hasta el 17 de enero de 2015, motivo por el cual a la fecha se adeudaría una suma de S/. 610, 412.46 (Seiscientos Diez Mil Cuatrocientos Doce y 46/100 Nuevos Soles).
- v. Que, a partir de ello, el DEMANDANTE alega que se habría producido y acreditado un incumplimiento contractual, de conformidad con el artículo 40 inciso c) de la Ley de Contrataciones del Estado y el artículo 168º de su Reglamento.



-
- vi. Que, respecto al monto adeudado, el DEMANDANTE precisa que dicha suma es superior a la indicada en la solicitud de arbitraje, debido a que se estarían incluyendo los servicios impagos correspondientes al mes de noviembre y a la primera quincena de diciembre de 2014.
 - vii. Que, adicionalmente, el DEMANDANTE refiere que la ENTIDAD habría negado extender las conformidades de servicios, lo cual pretendería frustrar el procedimiento de pago.
 - viii. Que, por otro lado, el DEMANDANTE indica que no habría dejado de prestar sus servicios, pese al reiterado incumplimiento de pago por parte de la ENTIDAD, por lo que dicha actuación constituiría un abuso del derecho, que le habría generado una grave afectación, pues tuvo que asumir con sus propios recursos el pago del costo y mantenimiento de la prestación de los servicios.
 - ix. Que, mediante Carta Notarial N° 16106-15 de fecha 07 de enero de 2015, el DEMANDANTE refiere que requirió a la ENTIDAD el pago de la suma de S/. 338,717.25 (Trescientos Treinta y Ocho Mil Setecientos Diecisiete y 25/100 Nuevos Soles), correspondiente al periodo noviembre de 2014 y la primera quincena de diciembre de 2014, otorgándoles el plazo de cinco (05) días hábiles para que cumplan con abonar dicha suma, bajo apercibimiento de resolución automática del CONTRATO, de conformidad con los artículos 40º inciso c) y 44º de la Ley de Contrataciones del Estado y los artículos 167º, 168º y demás pertinentes de su Reglamento.
 - x. Que, mediante Carta Notarial N° 16224-15 de fecha 16 de enero de 2015, el DEMANDANTE señala que declaró resuelto el CONTRATO, ante la falta de respuesta escrita o verbal por parte de la DEMANDADA.

§ Respeto a la segunda pretensión principal

- i. Que, debido a los incumplimientos de pago por parte de la ENTIDAD sin ninguna justificación ni fundamento, el DEMANDANTE refiere que ello le habría causado un daño emergente y un lucro cesante, los mismos que tendrían que ser indemnizados, de conformidad con el artículo 1321º del Código Civil.

A photograph of two handwritten signatures. The signature on the left is a stylized 'J' and the signature on the right is a more fluid, cursive 'H'.

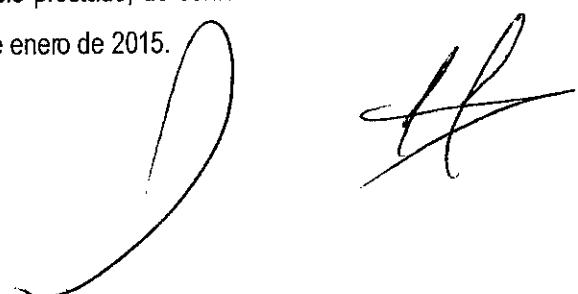
- ii. Que, respecto al daño emergente, el DEMANDANTE indica que tuvo que asumir con sus propios recursos el sostenimiento del servicio, motivo por el cual estaría solicitando como pretensión principal el pago de los servicios impagos, más los intereses legales que correspondan.
- iii. Que, en ese mismo concepto indemnizatorio, el DEMANDANTE precisa que se incluiría los gastos administrativos y financieros asumidos desde el 05 de junio de 2014 para el sostenimiento de la ejecución del CONTRATO, los mismos que se extendieron hasta el 17 de enero de 2015, sin haber sido abonados por la DEMANDADA.
- iv. Que, del mismo modo, se incluiría el costo del mantenimiento de la Carta Fianza N° 000652182460 por el monto de S/. 360,810.00 Trescientos Sesenta Mil Ochocientos Diez y 00/100 Nuevos Soles), emitida por el Banco Financiero, la misma garantizaba el CONTRATO, desde el 05 de junio de 2014 hasta la fecha de interposición de la demanda arbitral.
- v. Que, respecto al lucro cesante, el DEMANDANTE señala que habría dejado de percibir utilidades por el periodo durante el cual no pudo continuar con la ejecución contractual, pues se encontró en la necesidad de resolver el CONTRATO, debido al continuo incumplimiento de pagos por parte de la DEMANDADA.

6.3. Posición de la ENTIDAD

Por escrito presentado el 11 de agosto de 2015, la MUNICIPALIDAD DE BREÑA procedió a contestar la Demanda interpuesta por la empresa M&F SERVICIOS EMPRESARIALES S.A.C., sustentando su posición en los siguientes fundamentos:

§ Respecto a la primera pretensión principal del DEMANDANTE

- i. Que, respecto al CONTRATO, la DEMANDADA refiere que el mismo fue incumplido por el DEMANDANTE, debido a un ineficiente servicio prestado, de conformidad con el Informe N° 003-2015-GSCMA/MDB de fecha 12 de enero de 2015.



- ii. Que, sobre el particular, la DEMANDADA señala que inicialmente se habría establecido que la necesidad de la ENTIDAD era de un aproximado de 95 toneladas métricas diarias, mientras que el CONTRATISTA solo habría recabado de 63 a 65 toneladas diarias, hecho que se acreditaría con la documentación del pesaje ante la disposición final del relleno sanitario.
- iii. Que, en ese sentido, la DEMANDADA sostiene que se evidenciaría una deficiencia en la capacidad de tonelaje requeridos en los Términos de Referencia del CONTRATO por este servicio.
- iv. Que, del mismo modo, la DEMANDADA indica que el informe referido detallaría las características técnicas de la flota vehicular requerida por la ENTIDAD, conformada por seis (06) camiones compactadores y un camión baranda con una capacidad de 26 m³ a 30 m³ por recojo y evaluación de residuos de los mercados.
- v. Que, al respecto, la DEMANDADA precisa que el CONTRATISTA cumplió con enviar los 6 camiones compactadores; sin embargo, no cumplió con enviar el camión baranda de capacidad de 26 m³ a 30 m³, necesario para la evaluación de los residuos sólidos de los mercados, así como los escombros y maderas, hecho que demostraría la ineficiencia del servicio prestado.
- vi. Que, respecto al incumplimiento de pago alegado por el DEMANDANTE, la DEMANDADA sostiene que dicha afirmación no sería acreditable, debido a que en el escrito de demanda no se exhibirían las conformidades correspondientes a las fechas referidas (desde noviembre de 2014 hasta el 17 de enero de 2015).
- vii. Que, mediante el Informe N° 04-2015-AJH-GSCMA/MDB, la DEMANDADA indica que el Supervisor del Servicio de Recolección, Transporte y Disposición Final de Residuos Sólidos habría comunicado que el CONTRATISTA no habría cumplido con recoger la totalidad de los residuos sólidos, quedando acumulados en cinco (05) direcciones detalladas en el Oficio N° 01-2015-GSCMA/MDB.

Árbitro Único
Gonzalo García-Calderón Moreyra

viii. Que, mediante Oficio N° 02-2015-GSCMA/MDB, la DEMANDADA refiere que en dicho documento se detallaría la ineficiencia de los vehículos requeridos por la ENTIDAD, observaciones que no habrían sido absueltas por el DEMANDANTE, por lo que quedaría demostrado el incumplimiento del CONTRATO, de conformidad con el artículo 49º de la Ley de Contrataciones del Estado.

§ Respecto a la segunda pretensión principal del DEMANDANTE

i. Que, respecto a los daños y perjuicios alegados por el DEMANDANTE, la DEMANDADA cumple indicar lo siguiente:

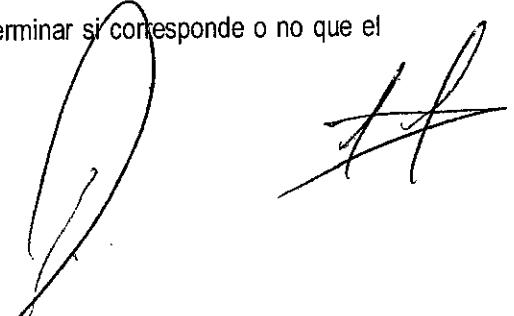
- a) No se encontrarían acreditados los daños y perjuicios que se alegan, pues no se habrían sustentado los gastos asumidos.
- b) No se encontrarían acreditadas con medio probatorio idóneo las utilidades dejadas de percibir.
- c) No habría fundamentado la razón por la cual se le debería abonar la suma solicitada; es decir, no habría demostrado la conexión lógica entre el evento dañoso y la reparación pecuniaria propuesta, pues solo habría mencionado la doctrina y la norma relacionada al caso.

VII. AUDIENCIAS Y DECISIONES ADOPTADAS EN EL PRESENTE PROCESO ARBITRAL.-

7.1. Determinación de Puntos en Controversia:

La Audiencia de Fijación de Determinación de Puntos en Controversia se llevó a cabo con fecha 01 de setiembre de 2015, y en la cual el Árbitro Único determinó como puntos controvertidos del presente proceso, los siguientes:

1. Determinar si corresponde o no que el Árbitro Único ordene a la Municipalidad Distrital de Breña pague a favor de la empresa M&F Servicios Empresariales S.A.C. la suma de S/. 610,412.46 (Seiscientos Diez Mil Cuatrocientos Doce y 46/100 Nuevos Soles), por concepto de servicios impagos.
2. En caso se ampare el primer punto controvertido, determinar si corresponde o no que el



Árbitro Único
Gonzalo García-Calderón Moreyra

Árbitro Único ordene a la Municipalidad Distrital de Breña pague a favor de la empresa M&F Servicios Empresariales S.A.C. los intereses legales que se hayan devengado de la suma ascendente de S/. 610,412.46 (Seiscientos Diez Mil Cuatrocientos Doce y 46/100 Nuevos Soles).

3. Determinar si corresponde o no que el Árbitro Único ordene a la Municipalidad Distrital de Breña pague a favor de la empresa M&F Servicios Empresariales S.A.C. la suma de S/. 139,650.81 (Ciento Treinta y Nueve Mil Seiscientos Cincuenta y 81/100 Nuevos Soles) por concepto de daño emergente y lucro cesante.
4. Determinar, a quién y en qué proporción debe ser asumido el pago de las costas y costos generados en el presente proceso.

7.2. Admisión de Pruebas:

En la misma Audiencia de Determinación de Puntos en Controversia, el Árbitro Único procedió a admitir todos los medios probatorios ofrecidos por las partes que integran el proceso.

Asimismo, el Árbitro Único dejó constancia que con fecha 31 de agosto de 2015, la ENTIDAD presentó un escrito acompañando el expediente administrativo ofrecido como medio probatorio, el mismo que incluye los medios probatorios ofrecidos en el escrito de contestación de demanda.

En ese sentido, el Árbitro Único estimó pertinente trasladar a la CONTRATISTA el escrito y la documentación presentada por la ENTIDAD, a fin de que en el plazo de diez (10) días hábiles cumpla con manifestar lo que considere pertinente.

- 7.3. Mediante Resolución N° 4 de fecha 04 de enero de 2016, el Árbitro Único resolvió: (i) Al expediente los documentos presentados por la MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE BREÑA, constituidos por el expediente administrativo correspondiente al caso arbitral materia de controversia, a fin de que sea analizado conjuntamente con los demás medios probatorios aportados por las partes del proceso, (ii) Dar por concluida la etapa de actuación probatoria, y (iii) Conceder a las partes el plazo de diez (10) días hábiles, contado a partir del día siguiente de notificada la presente Resolución, a fin de que cumplan con presentar sus respectivos alegatos escritos.

- 7.4. Mediante escrito presentado con fecha 20 de enero de 2016, la empresa M&F SERVICIOS EMPRESARIALES cumplió con presentar sus alegatos escritos.
- 7.5. Mediante Resolución N° 8 de fecha 05 de febrero de 2016, el Árbitro Único resolvió: (i) Tener por presentados los alegatos escritos por parte de la empresa M&F SERVICIOS EMPRESARIALES S.A.C. con conocimiento de la parte contraria, (ii) Tener por no presentados los alegatos escritos por parte de la MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE BREÑA, (iii) Citar a las partes a la Audiencia de Informes Orales para el día 25 de febrero de 2016, (iv) Tener por cumplido el pago de reajuste de los honorarios profesionales a cargo de la empresa M&F SERVICIOS EMPRESARIALES S.A.C., (v) Tener por no cumplido el pago del reajuste de los honorarios profesionales a cargo de la MUNICIPALIDAD DE BREÑA, y (vi) Facultar a la empresa M&F SERVICIOS EMPRESARIALES S.A.C. para que en el plazo de diez (10) días hábiles, cumpla con realizar el pago por subrogación del reajuste de los honorarios profesionales del árbitro y secretario arbitral, bajo apercibimiento de declarar la suspensión del proceso.

7.6. **Audiencia de Informe Oral:**

En Audiencia de Informe Oral, llevada a cabo el 25 de febrero de 2016, el Árbitro Único otorgó el uso de la palabra a las partes a efectos de que sustenten sus posiciones respecto de los hechos de la controversia, quienes informaron y respondieron las preguntas del Árbitro Único.

En el mismo acto, el Árbitro Único estimó pertinente fijar el plazo para laudar en treinta (30) días hábiles, con prórroga de treinta (30) días hábiles adicionales de ser el caso.

VIII. CUESTIONES PRELIMINARES.-

Antes de entrar a analizar la materia controvertida, resulta pertinente confirmar lo siguiente: i) que, el presente proceso se constituyó de conformidad con las disposiciones establecidas en el CONTRATO; ii) que, en ningún momento se interpuso recusación contra el Árbitro Único, o se efectuó algún reclamo contra las disposiciones establecidas en el Acta de Instalación de Árbitro Único de fecha 07 de julio de 2015; iii) que, el DEMANDANTE presentó su escrito de demanda dentro de los plazos dispuestos, ejerciendo plenamente su derecho al debido proceso; iv) que, por su parte la DEMANDADA fue

debidamente emplazado, contestando la demanda dentro del plazo dispuesto para ello y ejerció plenamente su derecho de defensa y; v) que, las partes tuvieron plena oportunidad para ofrecer y actuar todos sus medios probatorios, así como ejercer la facultad de presentar alegatos e, inclusive, de informar oralmente.

Asimismo, el Árbitro Único deja constancia que los puntos controvertidos podrán ser ajustados, reformulados y/o analizados en el orden que considere pertinente para resolver las pretensiones planteadas por las partes sin que el orden empleado o el ajuste genere nulidad de ningún tipo y sin que exceda en la materia sometida a arbitraje.

En cuanto a las pruebas, el Árbitro Único expresa que los medios probatorios deben tener por finalidad acreditar los hechos expuestos por las partes, producir certeza en el árbitro respecto a los puntos controvertidos y fundamentar las decisiones, conforme a los principios generales de la prueba: necesidad, originalidad, pertinencia y utilidad de la prueba.

Estos medios probatorios deben ser valorados de manera conjunta, utilizando su apreciación razonada y que, si no se prueban los hechos que fundamentan su pretensión, la demanda deberá ser declarada infundada.

Asimismo, el Árbitro Único hace notar que, de conformidad con lo establecido en el Acta de Instalación, tiene la facultad de determinar, de manera exclusiva, la admisibilidad, pertinencia y valor de las pruebas ofrecidas, estando en concordancia con lo establecido en el artículo 43º del Decreto Legislativo N° 1071.

Ello ha sido resaltado por HINOJOSA SEGOVIA y por los tribunales españoles cuando se ha indicado que "(...) la actividad probatoria en el arbitraje ofrece una serie de peculiaridades respecto del proceso civil; (...) Los árbitros han de pronunciarse sobre la pertinencia y admisibilidad de los medios probatorios, pero no vienen vinculados por las peticiones de las partes..." (Sentencia de fecha 30/11/87)¹.

Siendo ello así, el Árbitro Único pasa a analizar los argumentos vertidos por las partes, así como la valoración de los medios probatorios que obran en el expediente.

¹ HINOJOSA SEGOVIA, Rafael. "El Recurso de Anulación contra los Laudos Arbitrales (Estudio Jurisprudencial)". Editorial Revista de Derecho Privado / Editoriales de Derecho Reunidas S.A. Madrid. España. 1991. Pág. 309.

IX. ANÁLISIS.-

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que, el presente proceso arbitral se deriva de las controversias surgidas entre las partes respecto a la ejecución del Contrato N° 04-2014/MDB, de fecha 04 de junio de 2014

En este sentido, el Árbitro Único deja constancia que procederá a resolver las controversias surgidas entre las partes en el orden establecido en la Audiencia de Determinación de Puntos en Controversia, la misma que se llevó a cabo con fecha 01 de setiembre de 2015.

SEGUNDO: Que, para tal efecto, es necesario precisar que constituye un principio general de todo proceso, el de la Carga de la Prueba, dicha norma elemental de lógica jurídica en materia de probanza se encuentra recogida en nuestro ordenamiento jurídico en el artículo 196º del Código Procesal Civil, norma que establece literalmente lo siguiente:

"Artículo 196.- Carga de la prueba. Salvo disposición legal diferente, la carga de probar corresponde a quien afirma hechos que configuran su pretensión, o a quien los contradice alegando nuevos hechos".

Así, los medios probatorios deben tener por finalidad acreditar los hechos expuestos por las partes y producir certeza en el juzgador respecto a los puntos controvertidos, de acuerdo a los principios generales de la prueba referidos en párrafos anteriores; los mismos que se encuentran recogidos en el artículo 188º del Código Procesal Civil.

Por su parte, el artículo 43º del Decreto Legislativo N° 1071 otorga a los árbitros, de manera exclusiva, la facultad plena de determinar el valor de las pruebas, siempre que la valoración sea realizada en forma conjunta y utilicen su apreciación razonada.

TERCERO: Que, con respecto al primer punto controvertido "Determinar si corresponde o no que el Árbitro Único ordene a la Municipalidad Distrital de Breña pague a favor de la empresa M&F Servicios Empresariales S.A.C. la suma de S/. 610,412.46 (Seiscientos Diez Mil Cuatrocientos Doce y 46/100 Nuevos Soles), por concepto de servicios impagos", el Árbitro Único señala la posición de ambas partes:

Árbitro Único
Gonzalo García-Calderón Moreyra

Por un lado, el CONTRATISTA señala que tal pago corresponde a la prestación de servicio de recolección de desechos sólidos desde noviembre de 2014 hasta el 17 de enero de 2015, servicio por el cual no se emitieron las conformidades de servicio a cargo de la ENTIDAD, pese a haberse cumplido con la prestación, razón por la cual no pudo ser cobrada.

Por otro lado, la ENTIDAD señala que el CONTRATISTA incumplió sus obligaciones al faltar al recojo de la basura que existe en el distrito y al utilizar vehículos distintos a los requeridos por la DEMANDADA. Así, en tanto que los vehículos que el CONTRATISTA utilizaba para la ejecución de la prestación a su cargo no contaban con los requerimientos técnicos necesarios, ello causó que recogiera menos desechos sólidos de los pactados, pues el DEMANDANTE recolectó un aproximado de 63 a 75 toneladas por día, cuando debieron haber sido alrededor de 90 toneladas al día.

CUARTO: Que, el CONTRATISTA sostiene sus pretensiones en:

- Las facturas presentadas a la ENTIDAD al finalizar cada período de quince (15) días, durante el 01 de noviembre de 2014 hasta el 17 de enero de 2015.
- Las cartas que acompañaron a dichas facturas, en las cuales se estableció el monto de pago correspondiente al período y se solicitó el pago de los montos adeudados correspondientes al período y a la deuda reconocida por la ENTIDAD mediante Acta de Conciliación N° 2420-2014.
- Carta Notarial N° 16106-15 de fecha 08 de enero de 2015, mediante la cual la DEMANDANTE otorga cinco (5) días hábiles a la ENTIDAD para que pague lo adeudado bajo apercibimiento de resolver el CONTRATO.
- Las Cartas Notariales N° 16224-15 y N° 16225-15, ambas de fecha 16 de enero de 2015, mediante las cuales, primero, declaran la resolución del CONTRATO y, segundo, solicitan arbitraje, respectivamente.

QUINTO: Que, la ENTIDAD sustenta sus argumentos en los siguientes medios probatorios:

- El Oficio N° 474-2014DP de fecha 11 de noviembre de 2014, cuyo remitente es la Defensoría del

Pueblo y destinatario la ENTIDAD, en el cual se indica que hay acumulación de residuos sólidos en diferentes zonas del Distrito de Breña, al cual se adjuntan fotografías de dichas zonas.

- El acta de inspección de fecha 11 de noviembre de 2014 en el cual el funcionario público dejó constancia de la presencia de acumulación de desechos y/o residuos sólidos en diferentes partes del distrito.
- El Informe N° 003-2015-GSCMA/MDB de fecha 12 de enero de 2015 elaborado por la Gerencia del Servicio a la Ciudad y Medio Ambiente y dirigido a la Gerencia Municipal, en el cual se señala que la flota vehicular del CONTRATISTA no cumple con las características técnicas requeridas.
- Los Oficios N° 01-2015-GSCMA/MDB y N° 02-2015-GSCMA/MDB, ambos emitidos por la Gerencia del Servicio a la Ciudad y Medio Ambiente de la ENTIDAD, notificados al CONTRATISTA el día 16 de enero de 2015, a través de los que se les comunica que hay acumulación de desechos sólidos en diferentes zonas del distrito y la incompatibilidad de los vehículos utilizados con relación a los requeridos.

SEXTO: Que, con respecto al incumplimiento de las características técnicas de los vehículos utilizados por el CONTRATISTA, el Árbitro Único analizó cada uno de los documentos presentados por la ENTIDAD en calidad de medios probatorios y concluye que de éstos documentos no puede verificarse una exigencia adicional o posterior a las unidades utilizadas por el CONTRATISTA que acredite que éste no ha cumplido con dichas exigencias; ello en la medida que durante la ejecución de la prestación, el CONTRATISTA ha utilizado los mismos modelos de unidades, no siendo objeto de cuestionamiento por parte de la ENTIDAD.

En efecto, de las pruebas aportadas no se advierte que los vehículos utilizados por el CONTRATISTA, deban contener algún tipo de característica o descripción que constituyan obligaciones pre-establecidas, a fin de que puedan ser exigidas por la Entidad.

De igual manera, no se ha verificado tampoco que la ENTIDAD haya requerido el cumplimiento de estas supuestas características, a pesar de que el CONTRATISTA ha brindado el servicio de manera periódica.

Dentro de este marco, atendiendo que es estricta responsabilidad de las partes, ofrecer y presentar los medios probatorios que sustentan sus respectivas posiciones y considerando que este Árbitro Único no puede ni debe sustraerse en la tarea de las partes de probar sus alegaciones, al no existir documento alguno que verifique la existencia de exigencias, características especiales o detalles en las unidades utilizadas para la ejecución de la prestación y que debían ser cumplidas por el CONTRATISTA como parte de sus obligaciones, no es posible imputar incumplimiento alguno al CONTRATISTA, máxime si se ha podido verificar que éste ha prestado efectivamente el servicio contratado, no existiendo cuestionamiento alguno por parte de la ENTIDAD, sino sólo como argumento para no cancelar la contraprestación pactada.

Es preciso señalar que, en los informes adjuntos a las facturas presentadas por el CONTRATISTA, el Árbitro encontró los detalles de los vehículos utilizados durante los períodos determinados del servicio brindado, documentos que fueron presentados desde el inicio de la ejecución del CONTRATO, por lo que, no existiendo oposición de la ENTIDAD, se puede concluir que ésta se encontraba conforme con las características de los vehículos utilizados por el CONTRATISTA.

En consecuencia, el Árbitro considera que la ENTIDAD tenía pleno conocimiento de los vehículos utilizados y sus características, las cuales nunca fueron materia de fiscalización o reclamo por parte de la ENTIDAD.

SÉTIMO: Que, del mismo modo, el Árbitro considera que no existen medios probatorios que le permitan compartir la opinión de la ENTIDAD respecto de la supuesta obligación del CONTRATISTA de cumplir con una cantidad diaria de recolección de desechos sólidos.

Efectivamente, el Árbitro advierte que en el CONTRATO se establece una obligación respecto a una cantidad global y no a valores diarios, en tanto que en la cláusula quinta de dicho instrumento se establece que la vigencia del CONTRATO será de un (1) año o hasta la recolección, transporte y disposición final de 34,200 toneladas de desechos sólidos, lo que ocurra primero.

En ese sentido, se aprecia que las partes no han pactado en su oportunidad la obligación por parte del CONTRATISTA de cumplir con la recolección de una determinada cantidad diaria mínima o máxima, lo cual es, a su vez, absolutamente razonable, dado que, de acuerdo a la naturaleza del servicio, no hay manera de prever la cantidad de basura que los ciudadanos desecharán cada día.

Adicionalmente, en los informes que constan en el expediente, el Árbitro encontró el pesaje de los desechos sólidos recolectados por el DEMANDANTE durante el período demandado. Así, determinó que la cantidad de desechos recolectada quincenalmente en esos meses era mayor a 1,000 toneladas.

Precisamente, el Árbitro revisó las conformidades de servicio emitidas durante los meses de junio a octubre y, en ellos se constata que la cantidad de basura recolectada quincenalmente por el CONTRATISTA varió entre 990 y 1,300 toneladas.

En ese sentido, el Árbitro considera que la ENTIDAD tenía pleno conocimiento de las cantidades recolectadas por el DEMANDANTE y, a pesar de ello, no le cursó ningún tipo de comunicación requiriendo una subsanación o aplicando una penalidad por incumplimiento.

OCTAVO: Que, además, con respecto a la acumulación de basura, el Árbitro deja constancia que al revisar el oficio emitido por la Defensoría del Pueblo, en las fotografías adjuntas no se evidencia la presencia de desechos sólidos en las calles.

De la misma manera, teniendo en cuenta el Acta de Inspección del 11 de noviembre de 2015 y las fotografías adjuntas a los Oficios N° 01-2015-GSCMA/MDB y N° 02-2015-GSCMA/MDB en los cuales se evidencia presencia de residuos en diferentes puntos del distrito, el Árbitro concluyó que a pesar de que se haya registrado acumulación de residuos en las fechas indicadas, debido a que las partes han omitido en proporcionar al Árbitro Único información respecto al horario de recolección de los desechos y en tanto que las pruebas solo se refieren a una determinada hora del día en lugar de distintas horas o días seguidos para corroborar el incumplimiento, a criterio del Árbitro, no es posible determinar con certeza el incumplimiento contractual.

NOVENO: Que, en resumen, tomando en consideración que, primero, la ENTIDAD tenía pleno conocimiento respecto a las características de los vehículos empleados para brindar el servicio al cual se comprometió y de las cantidades de residuos sólidos recolectadas por el CONTRATISTA; segundo, que los medios probatorios son insuficientes para determinar con certeza que el CONTRATISTA haya incumplido con su obligación de recolectar todos los residuos sólidos del distrito; y, tercero, que la ENTIDAD no cursó ninguna comunicación al DEMANDANTE señalando observaciones a la prestación a su cargo o estableciendo penalidad, entonces, el Árbitro Único considera que no es posible determinar

Árbitro Único
Gonzalo García-Calderón Moreyra

que el CONTRATISTA haya incumplido con el CONTRATO, con lo cual, corresponde que la ENTIDAD efectúe el pago de los montos pecuniarios correspondientes a las facturas giradas por el DEMANDANTE por los servicios brindados.

DÉCIMO: Que, como segundo punto controvertido, se planteó en términos accesorios que el Árbitro deba determinar si a la ENTIDAD le corresponde el pago de los intereses legales por la cantidad reclamada.

Sobre el particular, en tanto que la primera pretensión del DEMANDANTE ha sido estimada, corresponde, entonces, otorgar los intereses legales devengados por el monto adeudados.

Así, a criterio del Árbitro, el 21 de julio de 2015 se debe tomar como fecha de inicio del cómputo de los intereses, en tanto que en dicha fecha se llevó a cabo la notificación de la demanda.

Precisamente, tomando como fecha de pago la fecha de emisión del presente laudo, para efectos de obtener un resultado, y atendiendo a los artículos 1242, 1243, 1244 y 1245 del Código Civil y artículos 51 y 52 de la Ley Orgánica del Banco Central de Reserva del Perú, el interés generado desde el 21 de julio de 2015 hasta la emisión del presente laudo, respecto del importe de S/ 610,412.46, equivale a S/ 10,780.96 (Diez Mil Setecientos Ochenta y 96/100 Soles).

En consecuencia, el Árbitro considera que corresponde ordenar a la ENTIDAD el pago de S/ 10,780.96 (Diez Mil Setecientos Ochenta y 96/100 Soles) por concepto de intereses legales. Asimismo, juzga pertinente indicar que los intereses derivados de las sumas impagadas continúan devengándose hasta que se produzca su pago efectivo, debiendo exigirse vía ejecución de laudo.

DÉCIMO PRIMERO: Que, según el tercer punto controvertido, le corresponde al Árbitro determinar si la ENTIDAD debe pagar a favor del DEMANDANTE la suma de S/. 139,650.81 (Ciento Treinta y Nuevo Mil Seiscientos Cincuenta con 81/100 Nuevos Soles) por concepto de daño emergente y lucro cesante.

Para ello, se define al daño como el detrimento, menoscabo, perjuicio o lesión que sufre un individuo, persona o ente en su integridad o patrimonio, así como en sus derechos personales o en sus derechos patrimoniales, según sea el caso.

El daño puede ser patrimonial y extrapatrimonial. A su vez, el primero ellos se clasifica en daño

emergente y lucro cesante. A efecto de tener claros los conceptos, es preciso sostener que el daño emergente es aquél que se produce directamente del evento dañoso y el lucro cesante es aquella situación lesiva para una de las partes del contrato producida por un hecho dañoso que repercute en una relación jurídica intersubjetiva actual o probable y que le procura o iba a procurar un beneficio económico.

DÉCIMO SEGUNDO: Que, el daño – para ser resarcible – ha de cumplir con los siguientes requisitos:

- i. Certeza: el daño debe ser cierto, tanto en un plano fáctico como lógico, esto es, que se haya producido el daño-evento y que exista una relación de causalidad entre éste y el daño-consecuencia.
- ii. Subsistencia: los efectos del daño continúan o éste no ha sido reparado, esto es, subsiste.
- iii. Especialidad: el daño se ha producido a un sujeto de derecho específico o identificable y a un derecho subjetivo en particular.
- iv. Injusticia: el daño ha de ser injusto, esto es, debe lesionar el interés tutelado por el ordenamiento jurídico.

DÉCIMO TERCERO: Que, de acuerdo a lo alegado por el DEMANDANTE, el daño se habría configurado en los siguientes supuestos:

Como daño emergente:

- i. El gasto producido por el sostenimiento del servicio, el cual fue cubierto con sus propios recursos debido al incumplimiento de pago.
- ii. Los gastos administrativos y financieros derivados del CONTRATO, desde el 05 de junio de 2014.
- iii. Costo de mantenimiento de la carta fianza que garantizaba la prestación del servicio derivado del CONTRATO.

Como lucro cesante:

- iv. Lo dejado de percibir debido a que no puede seguir brindando el servicio por la resolución contractual.

DÉCIMO CUARTO: Que, con respecto a los dos primeros supuestos alegados, el Árbitro indica que los gastos aducidos por el CONTRATISTA se efectuaron en cumplimiento de su propia obligación derivada

del CONTRATO.

Así, señala que dicho gasto se produjo debido a los desembolsos que realizará el DEMANDANTE para poder cumplir con las obligaciones pactadas. Por lo tanto, no se configuraría como daño, pues está derivado de una obligación contractual, en consecuencia no cumplen con el requisito de injusticia.

DÉCIMO QUINTO: Que, asimismo, respecto al supuesto daño consistente en el costo de mantenimiento de la carta fianza, éste no puede calificar como tal, en tanto que existe una obligación de origen legal impuesta al CONTRATISTA de mantener dicha garantía durante la vigencia del contrato.

Efectivamente, además, como se aprecia en el CONTRATO, es obligación del CONTRATISTA renovar la garantía de fiel cumplimiento hasta la terminación del CONTRATO, según lo desarrollado en párrafos anteriores y la cláusula décimo primera de dicho negocio jurídico:

"CLÁUSULA SÉTIMA: GARANTÍAS

(...)

- *Garantía de Fiel Cumplimiento – Carta Fianza N° 000652182460 emitida por el Banco Financiero por el monto de S/. 360,810.00 (Trescientos Sesenta Mil Ochocientos Diez y 00/100 Nuevos Soles) equivalente al diez por ciento (10%) del monto total del contrato, vigente hasta el 04 de junio de 2015.*
- (...)”

En consecuencia, el Árbitro Único llega a la convicción que la Tercera Pretensión Principal de la demanda interpuesta por el CONTRATISTA debe ser declarada infundada.

DÉCIMO SEXTO: Que, en cuanto a las costas y costos del proceso arbitral, el inciso 2 del artículo 56º del Decreto Legislativo N° 1071, dispone que el Árbitro debe emitir pronunciamiento en el Laudo sobre la distribución de los costos del arbitraje, según lo previsto en el artículo 73º del referido cuerpo legal.

De igual manera, el artículo 70 del Decreto Legislativo No 1071, precisa lo siguiente:

"Artículo 70.- Costos

El Árbitro Único Ad Hoc fijará en el laudo los costos del arbitraje. Los costos del arbitraje comprenden:

- a. *Los honorarios y gastos del Árbitro Único Ad Hoc.*
- 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 Árbitro Único Ad Hoc.
 - e. Los gastos razonables incurridos por las partes para su defensa en el arbitraje.
 - f. Los demás gastos razonables originados en las actuaciones arbitrales".

Por su parte, el inciso 1 del artículo 73 del Decreto Legislativo No 1071, señala lo siguiente:

"Artículo 73.- Asunción o distribución de costos

El Árbitro Único Ad Hoc 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 Árbitro Único Ad Hoc podrá distribuir y prorratear estos costos entre las partes, si estima que el prorrateo es razonable, teniendo en cuenta las circunstancias del caso".

En el presente caso, si bien la posición de una de las partes no ha sido acogida por el Árbitro Único Ad Hoc, no es menos cierto que la parte vencida ha ejercido la defensa legal considerando válida su posición.

Por tales razones, independientemente del resultado y de la decisión que se adopta en el presente laudo, el Árbitro Único 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 monto de las costas y costos del presente proceso que ya hayan sufragado o que se hubiere comprometido a sufragar en el futuro.

X. DECISIÓN.-

Que, finalmente, el Árbitro Único deja constancia que para la expedición de este laudo ha analizado todos los argumentos de defensa expuestos por las partes y ha examinado cada una de las pruebas aportadas por éstas de acuerdo a las reglas de la sana crítica y al principio de libre valoración de la prueba y que el sentido de su Decisión es el resultado de ese análisis y de su convicción sobre la controversia, al margen de que algunas pruebas presentadas o actuadas y algunos de los argumentos esgrimidos por las partes no hayan sido expresamente citados en el presente laudo, habiendo tenido también presente durante la tramitación de todo este proceso arbitral y en las expediciones de este laudo, los principios que orientan y ordenan todo arbitraje y que fueron consignados en el Acta de Instalación de Árbitro Único.

En atención a ello y siendo que el Árbitro Único no representa los intereses de ninguna de las partes y ejerce el cargo con estricta imparcialidad y absoluta discreción, así como que en el desempeño de sus funciones ha tenido plena independencia y no han estado sometidos a orden, disposición o autoridad que

Árbitro Único
Gonzalo García-Calderón Moreyra

menoscabe sus atribuciones, gozando del secreto profesional; por lo que habiéndose agotado todas las etapas del proceso y no existiendo pretensión por analizar, el Árbitro Único LAUDA EN DERECHO de la siguiente manera:

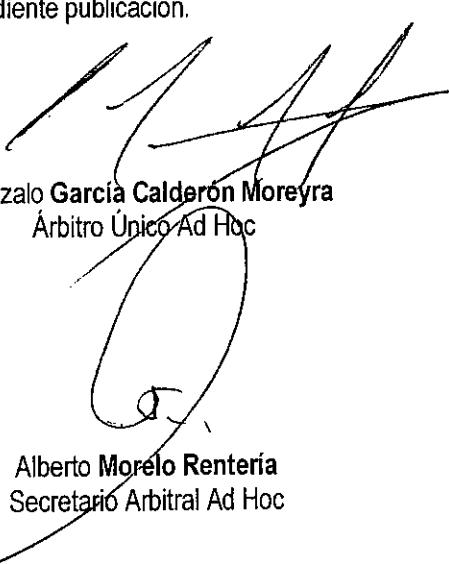
PRIMERO: DECLARAR FUNDADA la Primera Pretensión Principal de la Demanda formulada por el CONTRATISTA y, en consecuencia, **ORDENAR** a la DEMANDADA el pago de S/ 610,412.46 (Seiscientos Diez Mil Cuatrocientos Doce y 46/100 Soles) a favor del CONTRATISTA.

SEGUNDO: DECLARAR FUNDADA la Pretensión Accesoria a la Primera Pretensión de la Demanda interpuesta por el CONTRATISTA y, en consecuencia, **ORDENAR** a la DEMANDADA el pago de S/ 10,780.96 (Diez Mil Setecientos Ochenta y 96/100 Soles) por concepto de intereses legales, los cuales continuarán devengándose hasta que se produzca el desembolso total de la deuda indicada en el primer punto de la parte decisoria.

TERCERO: DECLARAR INFUNDADA la Segunda Pretensión Principal de la Demanda presentada por el DEMANDANTE, referida al pago de una indemnización.

CUARTO: DISPONER que cada parte asuma el monto de los costos y costos del presente proceso que ya hayan sufragado o que se hubiere comprometido a sufragar en el futuro.

QUINTO: DISPONER la remisión de una copia del laudo al Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado – OSCE, para su correspondiente publicación.



Gonzalo García Calderón Moreyra
Árbitro Único Ad Hoc

Alberto Morelo Rentería
Secretario Arbitral Ad Hoc