

Árbitro Único: Walter A. Palomino Cabezas

LAUDO ARBITRAL DE DERECHO

Demandante: COESTI S.A. (en adelante, "el Contratista")
Demandado: MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE SANTIAGO DE SURCO (en adelante, "la Municipalidad")
Árbitro Único: WALTER ALFREDO PALOMINO CABEZAS
Secretaría Arbitral: Ernesto Radislav Salmón Farcic

Resolución N°
Lima, 16 de enero de 2017

VISTOS

I. DESIGNACIÓN DEL ÁRBITRO ÚNICO Y AUDIENCIA DE INSTALACIÓN

PRIMERO.- DEL ÁRBITRO ÚNICO

1.1. Mediante el Oficio N° 8339-2014-OSCE/DAA del 10 de octubre 2014, la Dirección de Arbitraje Administrativo del Organismo Supervisor de Contrataciones del Estado (OSCE) comunica al abogado Walter Alfredo Palomino Cabezas su designación como Árbitro Único, en mérito a la Resolución N° 318-2014-OSCE/PRE.

1.2. Mediante comunicación de fecha 27 de octubre 2014, dirigida a la Dirección de Arbitraje Administrativo de la OSCE, el Árbitro Único acepta su designación como árbitro.

SEGUNDO.- DE LA AUDIENCIA DE INSTALACIÓN

2.1. El 09 de junio 2015, con la presencia del Árbitro Único, del representante de la Dirección de Arbitraje Administrativo del OSCE, del señor Antenor Rafael Aysanoa Pasco y su abogada Karina Urquiza Vinatea, en representación de la parte demandante: empresa COESTI S.A. (en adelante "el Contratista"); y del señor abogado Marcos Manuel Mendoza Dileo, con delegación de facultades conferidas por la Procuraduría Pública de la Municipalidad Distrital de Santiago de Surco, en representación de la parte demandada: MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE SANTIAGO DE SURCO (en adelante "la Municipalidad"), se llevó a cabo la Audiencia de Instalación de Árbitro Único Ad Hoc, designando como Secretaría Arbitral a la señorita Mónica Jessica del Pino Cahuas.

2.2. La regla 6 del Acta de Instalación señala que la legislación aplicable para resolver el fondo de la controversia sometida al presente proceso es la legislación peruana, y que obligatoriamente debe seguir el siguiente orden de prelación: 1) la Constitución Política del Perú, 2) la Ley de Contrataciones del Estado, aprobada por Decreto Legislativo N° 1017 y modificada por Ley N° 29873 (en adelante, "la LCE"), 3) el Reglamento de la LCE, aprobado por Decreto Supremo N° 184-2008-EF y modificado por Decreto Supremo N° 138-2012-EF (en adelante, "el RLCE"), 4) las normas de derecho público y 5) las de derecho privado. Asimismo, la aplicación del Decreto Legislativo N° 1071, Decreto Legislativo que norma el arbitraje (en adelante, "la Ley de Arbitraje"), se realizará de manera supletoria y siempre que no se oponga a lo establecido en la LCE y el RLCE.

II. DEMANDA DEL CONTRATISTA. CONTESTACIÓN DE LA MUNICIPALIDAD

TERCERO.- DEMANDA DEL CONTRATISTA

3.1. La demanda formulada por el Contratista con fecha 01 de julio 2015 tiene como fundamentos de hecho, los siguientes:

- Con fecha 15 de agosto 2013 la Municipalidad otorgó la Buena Pro al Contratista respecto al ítem 1 (Suministro de Gasohol 90) de la Licitación Pública por Subasta Inversa Electrónica N° 010-2013-CE-MSS, procediéndose a suscribir con fecha 12 de setiembre 2013, el Contrato N° 071-2013-GAF-MSS. En virtud de la cláusula segunda de dicho Contrato, el Contratista se obligó a suministrar el producto conforme a los términos de referencia contenidos en las Bases, mientras que conforme a la cláusula tercera, la Municipalidad se obligó a pagar la suma total de S/ 3 302 633,00 incluido el IGV.
- En ejecución del referido Contrato N° 071-2013-GAF-MSS (en adelante "el Contrato de Suministro"), el Contratista suministró a la Municipalidad diversos productos, emitiendo diversas facturas; pero ante la falta de pago, con fecha 11 de julio 2014 le cursó la Carta Notarial N° 4066-14, recibida en la misma fecha por la Municipalidad, mediante la cual le requirió para que en un plazo no mayor de dos días calendario cancele el importe adeudado bajo apercibimiento de resolver el Contrato de Suministro. Al no cumplir la Municipalidad con pagar la suma adeudada, el Contratista resolvió el Contrato de Suministro mediante Carta Notarial N° 4179-14 de fecha 01 de agosto 2014, recibida por la Municipalidad el 02 de agosto 2014, fecha en la cual la deuda ascendía a S/ 321 924,01 pero que posteriormente la Municipalidad efectuó diversos pagos, quedando pendiente la Factura N° 548238 por S/ 34 482,97 emitida el 31 de julio 2014 y con fecha de vencimiento 15 de agosto 2014, de la cual quedaba pendiente el saldo de S/ 23 190,31 que, más los intereses moratorios, hacían una deuda total de S/ 23 697,82.

3.2. La demanda formulada por el Contratista tiene como pretensiones las siguientes:

(i) **Pretensión principal:** Que, se declare que la resolución contractual ejercida por el Contratista frente a la Municipalidad mediante Carta Notarial N° 4179-14 de 01 de agosto 2014, sustentada en el incumplimiento de la obligación esencial pactada en el Contrato de Suministro, fue válida y eficaz, al haber sido consentida. Para lo cual señala:

- Mediante el Contrato de Suministro, el suministrante (el Contratista) se obliga a entregar al suministrado (la Municipalidad) determinados productos (en este caso, combustible Gasohol 90) en los momentos y cantidades fijadas en el contrato a cambio de un precio determinado, donde el pago del precio resulta ser una obligación esencial en el contrato de suministro.
- La Municipalidad al incumplir con el pago de las facturas emitidas por el Contratista por concepto del suministro del combustible, incumplió una obligación esencial que ha privado al Contratista de recibir la prestación dineraria pactada, por lo que el Contratista se encuentra facultado a resolver el contrato.
- La resolución de Contrato de Suministro ejercida por el Contratista es válida pues cumplió con el procedimiento y formalidades establecidos en la LCE, el RLCE y el propio Contrato de Suministro. Ante el incumplimiento de la Municipalidad, el Contratista siguió las formalidades y cursó la Carta Notarial N° 4066-14 con el requerimiento bajo apercibimiento de resolver el contrato y, ante el incumplimiento de la Municipalidad, le cursó la Carta Notarial N° 4179-14 resolviendo el Contrato de Suministro.
- La Municipalidad no ha ejercido ninguno de los mecanismos previstos en la LCE y el RLCE para cuestionar la resolución del Contrato de Suministro, por lo que se entiende que ha quedado consentida.

(ii) **Pretensión subordinada a la pretensión principal:** Que, en caso de no ampararse la pretensión principal, es decir, en caso no se reconozca la eficacia de la resolución ejercida por el Contratista, solicita

Walter A. Palomino Cabezas
ABOGADO
Dec. C. Al. 13987

Árbitro Único: Walter A. Palomino Cabezas

se declare resuelto el Contrato de Suministro por incumplimiento imputable a la Municipalidad. Para lo cual señala:

- En caso se desestime la pretensión principal, se declare la resolución del Contrato por incumplimiento de la Municipalidad en el pago de la prestación a su cargo, conforme lo dispone la LCE y el RLCE.

(iii) Primera pretensión condicionada al amparo de cualquiera de las pretensiones anteriores: Que, como consecuencia del amparo de cualquiera de las pretensiones anteriores, se condene a la Municipalidad, como efecto de la resolución, al pago de Treinta mil soles (S/ 30 000,00) por los daños y perjuicios ocasionados al Contratista; o bien la suma que se considere aplicable por criterio de equidad, más los intereses legales correspondientes. Para lo cual señala:

- En el presente caso, el incumplimiento de la prestación dineraria a cargo de la Municipalidad no es atribuible a un caso fortuito o fuerza mayor; y no puede considerarse que la Municipalidad actuó con diligencia ordinaria o que la obligación era jurídica o físicamente imposible; sino que se trata de una conducta dolosa de la Municipalidad, porque de manera deliberada ha incumplido la obligación de pago a su cargo, lo que se prueba con hacer caso omiso al requerimiento de pago o a la falta de cuestionamiento a la resolución del contrato.
- Por ello, al haberse acreditado el incumplimiento doloso de las obligaciones a cargo de la Municipalidad, se la debe condenar al pago de S/ 30 000,00 que constituye el valor de los bienes entregados y no pagados por la Municipalidad, los intereses devengados y los que se devengarán hasta el momento de su abono efectivo, pues la falta de pago de los bienes entregados a la Municipalidad han afectado el patrimonio del Contratista. En todo caso, se debe fijar el monto del resarcimiento bajo el criterio de equidad.

(iv) Segunda pretensión condicionada al amparo de cualquiera de las pretensiones (i) o (ii): Que, como consecuencia de cualquiera de las pretensiones (i) o (ii), se declare que al haber quedado resuelto el Contrato de Suministro, el Contratista no está obligado a renovar las cartas fianzas de fiel cumplimiento. Asimismo, que se ordene a la Municipalidad que devuelva las cartas fianzas que obran en su poder, otorgadas por el Contratista en garantía de fiel cumplimiento del Contrato de Suministro. Para lo cual señala:

- Como consecuencia de cualquiera de las pretensiones (i) o (ii) y estar resuelto el contrato de Suministro, se debe declarar que el Contratista ya no tiene obligación de renovar las garantías otorgadas, más aun si la resolución del contrato ha quedado consentida; por lo que la obligación de renovar las garantías ya no existe.
- Las cartas fianza que obran en poder la Municipalidad no podrán ser ejecutadas de ninguna manera al no concurrir los supuestos del artículo 164 del RLCE, pues en este caso el Contrato de Suministro ha quedado resuelto por causa imputable a la Municipalidad, y estando consentida la resolución, la Municipalidad está obligada a devolverlas al Contratista.

CUARTO.- CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA POR LA MUNICIPALIDAD.-

4.1. Por su parte, la Municipalidad, mediante su Procuraduría Pública, contestó la demanda con escrito de fecha 03 de agosto 2015, a través del cual niega y contradice en todos sus extremos la demanda, para lo cual señala:

(i) Sobre la Pretensión principal, en cuanto el Contratista plantea que se declare que la resolución contractual mediante Carta Notarial N° 4179-14 de 01 de agosto 2014, fue válida y eficaz, al haber sido consentida, la misma debe ser declarada infundada, por lo siguiente:

Walter A. Palomino Cabezas
ABOGADO
RUC C. AL. 13387

Árbitro Único: Walter A. Palomino Cabezas

- El Contratista pretende que se declare la validez y eficacia de la resolución del Contrato de Suministro, sin embargo, no ha probado que al momento de haber efectuado el requerimiento de pago bajo apercibimiento de resolver el contrato, contaba con los documentos necesarios para efectuar el pago, pues según las Bases integradas del proceso, el pago se realizará previa recepción y conformidad de la Sub Gerencia de Patrimonio, Servicios Generales y Maestranza, conjuntamente con el encargado del Almacén Central de la Municipalidad y el Informe del funcionario responsable del Área usuaria, quien deberá verificar la calidad cantidad y cumplimiento de las condiciones contractuales, debiendo realizar las pruebas que fueran necesarias, es decir, para que la Municipalidad disponga la emisión de la conformidad de las prestaciones, el Contratista debe cumplir con presentar la documentación que justifica el pago y acredite la existencia de la prestación de los servicios.
- El Contratista previamente a requerir el cumplimiento de la prestación, debió acreditar la emisión de los referidos documentos, pues únicamente con la existencia de aquellos, el requerimiento de pago bajo apercibimiento de resolverse el contrato y posterior resolución resulta válida y eficaz.

(ii) Sobre la Pretensión subordinada a la pretensión principal, en cuanto a que, en caso no se reconozca la eficacia de la resolución ejercida por el Contratista, se declare resuelto el Contrato por incumplimiento imputable a la Municipalidad, la misma debe ser declarada infundada, por lo siguiente:

- No ha existido incumplimiento imputable a la Entidad, por lo que hace extensiva a esta pretensión los argumentos esbozados contra la pretensión principal.

(iii) Sobre la Primera pretensión condicionada al amparo de cualquiera de las pretensiones anteriores, en cuanto a que, como consecuencia de ampararse cualquiera de las pretensiones anteriores, se condene a la Municipalidad, como efecto de la resolución, al pago de S/ 30 000,00 por los daños y perjuicios ocasionados al Contratista; o bien la suma que se considere aplicable por criterio de equidad, más intereses legales correspondientes, la misma debe declararse infundada, por lo siguiente:

- Tratándose de resarcimiento del daño emergente y el lucro cesante, se debe aportar prueba de la certeza del daño, y que dicha prueba no guarda la misma proporcionalidad en uno y en otro. Por lo que debe contrastarse los argumentos expuestos por el Contratista y los medios probatorios que obran en autos, además de considerarse la doctrina sobre daños y perjuicios. Todo daño susceptible de reparación, cualquiera sea su naturaleza, debe ser cierto si desea aspirar a una reparación, presente o futura, no puede ser eventual o hipotético. Quien invoca la reparación del daño, debe probar que el mismo se produjo. La probanza del daño por el actor es una regla general que se aplica aunque funciones la presunción de culpa o de responsabilidad objetiva.
- El Contratista no ha acompañado medio probatorio que acredite el daño causado por la Municipalidad, pues para reconocer una pretensión indemnizatoria debe acreditarse existencia de los daños, lo cual no ha sido probado.

(iv) Sobre la Segunda pretensión condicionada al amparo de cualquiera de las pretensiones (i) o (ii), en cuanto a que el Contratista no está obligado a renovar las cartas fianzas de fiel cumplimiento y que se ordene a la Municipalidad que devuelva las que obran en su poder, otorgadas por el Contratista en garantía de fiel cumplimiento del Contrato de Suministro, debe declararse improcedente, por lo siguiente:

- Para la Municipalidad, la resolución del Contrato es ineficaz por lo que el Contrato suscrito tiene plena validez entre las partes, y de acuerdo a la LCE y el RLCE, existe la obligación del Contratista a mantener vigente las cartas fianzas entregadas a la Entidad, por lo que es improcedente la pretensión planteada por el Contratista.

4.2. Mediante resolución 2 de fecha 05 de agosto 2015 se dio por contestada la demanda por parte de la Municipalidad y se corrió traslado al Contratista respecto de la excepción planteada por la Municipalidad con su escrito 3.

Árbitro Único: Walter A. Palomino Cabezas

QUINTO. EXCEPCIONES

5.1. Mediante escrito 3, la Municipalidad deduce la excepción de representación defectuosa o insuficiente del demandante, señalando que la vigencia de poder presentada por el Contratista no aparece expresamente conferida la facultad de interponer demandas en procesos arbitrales y menos por el monto reclamado.

5.2. A través del escrito de fecha 24 de agosto 2015, el Contratista absuelve el traslado de la excepción, señalando que su apoderado tiene facultades especiales suficientes para interponer la presente, para lo cual se remite a la vigencia de poder acompañada en su demanda, de la cual se desprende que dicho apoderado tiene facultades no sólo para demandar sino para realizar cualquier acto de disposición de derechos sustantivos, sin limitación alguna.

5.3. Mediante resolución 3 de fecha 27 de agosto 2015 se da cuenta de la absolución presentada por el Contratista respecto a la excepción planteada por la Municipalidad, y se dispone tener presente al momento de resolver. Asimismo, se cita a las partes a la Audiencia de Conciliación y Puntos Controvertidos y se concede a las partes el plazo para que formulen su propuesta de puntos controvertidos, si lo estiman conveniente.

III. AUDIENCIA DE CONCILIACIÓN Y DETERMINACIÓN DE PUNTOS CONTROVERTIDOS. ACTUACIÓN DE MEDIOS PROBATORIOS

SEXTO. DETERMINACIÓN DE PUNTOS CONTROVERTIDOS.-

6.1. Mediante resolución 4 de fecha 17 de setiembre 2014, se resuelve tener presente los puntos controvertidos propuestos a través de escritos de fecha 11 de setiembre 2015, presentados por la Municipalidad y el Contratista, respectivamente.

6.2. El 28 de setiembre 2015 se llevó a cabo la Audiencia de Conciliación y Determinación de Puntos Controvertidos. El Árbitro Único procedió a invitar a las partes a que concilien las materias controvertidas y, al no ser posible, se precisó que la misma podría darse en cualquier estado del proceso.

6.3. El Árbitro Único procedió a declarar saneado el proceso y determinó como puntos controvertidos los siguientes:

1. *Determinar la validez o invalidez de la resolución contractual ejercida por el Contratista mediante carta notarial N° 4179-14 de fecha 01 de agosto del 2014.*
2. *En caso de no ampararse la pretensión anterior, determinar si corresponde declarar la resolución de contrato de suministro.*
3. *Determinar si corresponde que la Municipalidad pague a favor del Contratista S/ 30 000,00 por los daños y perjuicios ocasionados como consecuencia del amparo de cualquiera de las dos pretensiones anteriores.*
4. *Determinar si como consecuencia de amparar cualquiera de las dos primeras pretensiones, corresponde declarar que el Contratista no está obligado a renovar las cartas fianzas de fiel cumplimiento señaladas en el contrato de suministro.*
5. *Determinar si como consecuencia de amparar cualquiera de las dos primeras pretensiones, corresponde se ordene a la Municipalidad devuelva las cartas fianzas de fiel cumplimiento otorgadas por el Contratista.*

6.4. Asimismo, el Árbitro Único se reserva el derecho de pronunciarse respecto a la materia controvertida, no necesariamente en el orden en el que han sido señalados los puntos controvertidos en la presente Acta. Asimismo, podrá omitir, con expresión de razones, el pronunciamiento sobre algún punto controvertido si ello careciera de objeto en razón del pronunciamiento sobre uno u otros puntos controvertidos con los que el omitido guarde vinculación. Del mismo modo, los puntos controvertidos

Árbitro Único: Walter A. Palomino Cabezas

podrán ser ajustados o reformulados por el Árbitro Único si ello resultara, a su juicio, más conveniente para resolver las pretensiones planteadas por las partes, sin que el orden empleado o el ajuste, omisión o interpretación genere nulidad de ningún tipo, sin excederse de la materia sometida a este arbitraje.

SETIMO.- DE LA ADMISIÓN Y ACTUACIÓN DE MEDIOS PROBATORIOS.-

7.1. En el mismo acto, el Árbitro Único admite y tiene por actuado los siguientes medios probatorios:

- a) De los ofrecidos por el Contratista en el acápite VIII Medios Probatorios Documentales, literales a) al e), en el escrito de demanda, consistentes en:
 - Bases Integradas de la L.P. por Subasta Inversa Electrónica N° 010-2013-CE-MSS.
 - Contrato de Suministro
 - Carta Notarial N° 4066-14 de fecha 11 de julio 2014
 - Carta Notarial N° 4179-14 de fecha 01 de agosto 2014
 - Factura N° 548238
- b) De los ofrecidos por la Municipalidad en el acápite IV Medios Probatorios Documentales, numerales 1) al 2), en el escrito de contestación de demanda, consistentes es:
 - Contrato de Suministro
 - Bases Integradas de la L.P. por Subasta Inversa Electrónica N° 010-2013-CE-MSS.

7.2. En este acto al no encontrarse ningún medio probatorio pendiente de actuación, El Árbitro Único considera declarar concluida la etapa probatoria y otorgar a las partes un plazo de diez (10) días hábiles de suscrita y/o notificada la presente acta, para que acompañen sus alegatos escritos, de conformidad a la regla 44° del Acta de instalación y de solicitarlo alguna de las partes, las citará a una Audiencia de Informes Orales.

IV. ALEGATOS, INCIDENCIAS, AUDIENCIA DE INFORMES Y PLAZO PARA LAUDAR

OCTAVO.- DE LOS ALEGATOS.-

8.1. **Alegatos del Contratista.-** Mediante escrito de fecha 12 de octubre 2015 el Contratista presentó su escrito de Alegatos, en el que hace referencia a los elementos que establece el Código Civil para la configuración de la responsabilidad civil de la Municipalidad y señala, además:

- En el literal d.2 del punto D de sus Alegatos, el Contratista señala que la Municipalidad, con fecha 26 de setiembre 2014, 37 días después de iniciado el arbitraje, a través de una Transacción Extrajudicial (cuya copia adjunta con su Alegato), reconoció la deuda a su cargo, ascendente a obligándose a cancelarla de inmediato, sin exigir la presentación de documento alguno para hacer efectivo el pago. Pero ante el incumplimiento de la Municipalidad a lo establecido en la indicada Transacción Extrajudicial, la misma quedó resuelta automáticamente, en virtud a su Cláusula Quinta, al incumplir la Municipalidad el pago en la oportunidad y condiciones pactadas, razón por la cual el Contratista prosiguió con las acciones legales, como es el presente arbitraje.
- El Contratista agrega en su escrito de Alegatos que, con fecha 04 de setiembre 2014, 16 días después de iniciado el arbitraje, se publicó en El Peruano el Acuerdo de Consejo N° 098-2014.ACSS de fecha 25 de agosto 2014 (adjunta copia), en el que la Municipalidad señaló que el Contratista incurrió en incumplimiento del Contrato de Suministro y que por ello tomaría las medidas necesarias; pero que lo cierto (según el Contratista), es que el Contrato de Suministro ha sido resuelto por incumplimiento de la Municipalidad, lo cual ha quedado consentido, todo lo cual le ha causado al Contratista un perjuicio económico que debe ser resarcido.

Árbitro Único: Walter A. Palomino Cabezas

8.2. Alegatos del Contratista. Mediante escrito 4 de fecha 13 de octubre 2015 la Municipalidad presentó su escrito de Alegatos, en el que señala:

- Sobre el primer punto controvertido, señala que el Contratista no ha probado que al momento de haber efectuado el requerimiento de pago bajo apercibimiento de resolverse el Contrato, se contaban o no con los documentos necesarios para efectuar el pago; para lo cual, la Municipalidad reproduce los argumentos de su contestación a la demanda, señalando que es infundada la pretensión del Contratista sobre la validez de la resolución contractual.
- Sobre el segundo punto controvertido, reproduce los argumentos de su contestación a la demanda
- Sobre el tercer punto controvertido, reproduce básicamente los argumentos de su contestación a la demanda.
- Sobre el cuarto y quinto puntos controvertidos, la Municipalidad señala que la resolución del Contrato es ineficaz y que el Contrato suscrito tiene plena validez entre las partes, razón por la cual existe la obligación del Contratista de mantener vigente las cartas fianzas entregadas a la Municipalidad.

8.3. Mediante resolución 5 de fecha 14 de octubre 2015 se cita a Audiencia de Informe Orales la que se realiza con fecha 30 de octubre 2014, con la participación del Contratista, quien hizo uso de la palabra y presentó dispositivas con su posición. La Municipalidad presentó escrito señalando no haber sido notificada oportunamente para dicha Audiencia.

NOVENO.- INCIDENCIA SOBRE COMPETENCIA

9.1. Mediante escrito presentado el 18 de diciembre de 2015, la Municipalidad señala que ha sido notificado con el alegato escrito presentado por el Contratista y con las diapositivas presentadas en la audiencia de informes orales por el Contratista, y solicita que se declare la incompetencia del Árbitro Único para conocer de la pretensión sometida al presente arbitraje. Para lo cual señala:

- A través del escrito de alegatos y las diapositivas presentadas por el Contratista en la Audiencia de Informes Orales, ha tomado conocimiento de la existencia de una transacción extrajudicial suscrita entre la Municipalidad y el Contratista, en la cual la Municipalidad se obligaba al pago de determinada cantidad de dinero.
- El contratista ha iniciado el presente arbitraje ante el supuesto incumplimiento de la Municipalidad de acuerdos contenidos en la referida Acta de Transacción Extrajudicial, la misma que constituye título ejecutivo de acuerdo al Código Procesal Civil, que señala que las normas procesales son de carácter imperativo, que los procesos de ejecución se someten a las reglas generales sobre competencia, y que de acuerdo al artículo 690°-B de dicho Código, el Juez Civil y el Juez de Paz son competentes, de acuerdo la cuantía, para conocer procesos de título ejecutivo de naturaleza extrajudicial.
- Por ello, considera la Municipalidad que el Árbitro Único carece de competencia para ejercer cognición en la presente causa, correspondiendo la ejecución de la Transacción Extrajudicial al Poder Judicial, razón por la que la presente demanda debe ser declarada improcedente.

9.2. Mediante resolución 6 de fecha 19 de mayo 2016 se designa como nuevo secretario arbitral al señor Ernesto Radislav Salmón Farcic; y mediante resolución 7 de la misma fecha, se resuelve: (i) tener presente lo expuesto por la Municipalidad respecto a la incompetencia alegada del Árbitro Único para conocer el presente proceso arbitral; y otorga al Contratista el plazo para que manifieste lo conveniente a su derecho; (ii) indicar a las partes que, como cuestión previa a la emisión del laudo arbitral, el Árbitro Único se pronunciará sobre la solicitud de incompetencia planteada por la Municipalidad; y, (iii) reprogramar la Audiencia de Informes Orales y citar a las partes para dicha audiencia.

Árbitro Único: Walter A. Palomino Cabezas

9.3. Mediante escrito presentado el 14 de junio 2016, el Contratista expone lo que corresponde a su derecho respecto a la solicitud de incompetencia planteada por la Municipalidad.

DECIMO.- AUDIENCIA DE INFORMES Y PLAZO PARA LAUDAR

10.1. Con fecha 17 de junio 2016 se lleva a cabo la Audiencia de Informes con participación de los representantes del Contratista así como de la Municipalidad, quienes hicieron el uso de la palabra y absolvieron las preguntas formuladas por el Árbitro Único.

10.2. Mediante resolución 12 de fecha 14 de octubre 2016 se fijó plazo para laudar, el mismo que mediante resolución 13 de fecha 21 de noviembre 2016, fue prorrogado. En atención a ello, se procede a emitir el Laudo correspondiente al presente proceso arbitral, dentro del plazo prorrogado.

V. EMISIÓN DE LAUDO

CONSIDERANDO:

DÉCIMO PRIMERO.- Cuestiones previas

11.1. Antes de entrar al fondo del asunto, es necesario resolver las cuestiones previas planteadas por la defensa de la Municipalidad consistentes en: (i) la excepción de representación defectuosa o insuficiente del Contratista, y (ii) la incompetencia del Árbitro Único derivada de la transacción extrajudicial sostenida entre las partes del proceso. Correspondiendo resolver en primer lugar, el cuestionamiento a la competencia del arbitraje, pues de resultar procedente, haría irrelevante analizar el fondo del asunto.

11.2. Sobre el cuestionamiento a la competencia del arbitraje.- La Municipalidad señala que el contratista ha iniciado el presente arbitraje ante el supuesto incumplimiento de la Municipalidad de acuerdos contenidos en el Acta de Transacción Extrajudicial, la misma que constituye título ejecutivo de acuerdo al Código Procesal Civil, por lo que es el Poder Judicial quien tiene competencia para resolver la controversia y no así el arbitraje. Al respecto:

- a) La Constitución Política del Perú establece en el tercer párrafo de su artículo 63, que *"El Estado y las demás personas de derecho público pueden someter las controversias derivadas de relación contractual a tribunales constituidos en virtud de tratados en vigor. Pueden también someterlas a arbitraje nacional e internacional, en la forma que lo disponga la ley"* (subrayados nuestros). En el caso de las contrataciones del Estado, el Estado ha establecido que las controversias derivadas de la ejecución de los contratos derivados de la aplicación de la LCE y el RLCE, se solucionan a través de las vías alternativas, entre ellas, el arbitraje, y no el Poder Judicial. Esta regulación no admite excepción o posibilidad alguna que permita a las partes de un contrato bajo el ámbito de la LCE y el RLCE, derivar la solución de controversia alguna a otra vía que no sea la de conciliación o arbitraje.
- b) En el presente caso, la controversia sometida a la competencia del presente arbitraje deriva de la ejecución de un contrato en el marco de aplicación de la LCE y el RLCE, razón por la cual, sin entrar al análisis de los alcances de la denominada "transacción extrajudicial" (que, a pesar del nombre asignado a este acto, no trae implícito en sí, a entender de este Árbitro Único, sometimiento expreso a la vía jurisdiccional ordinaria), no cabe duda alguna que la vía constitucional, legal e idónea para resolver la controversia sometida a su conocimiento, es la del Arbitraje.
- c) En tal sentido, haciendo uso de la atribución conferida por el artículo 41 de la Ley de Arbitraje¹, corresponde declarar: IMPROCEDENTE la solicitud de incompetencia, planteada por la Municipalidad

¹ Artículo 41.- Competencia para decidir la competencia del tribunal arbitral

Árbitro Único: Walter A. Palomino Cabezas

a través de su escrito de fecha 18 de diciembre 2015, y proseguir con el conocimiento de la causa sometida a conocimiento del arbitraje.

11.3. Sobre la Excepción de representación defectuosa o insuficiente del demandante.- La Municipalidad señala que en la vigencia de poder presentada por el Contratista, no aparece expresamente conferida la facultad de interponer demandas en procesos arbitrales y menos por el monto reclamado. Al respecto:

- a) La Excepción deducida por la Municipalidad se sustenta en el hecho de que no estaría contenida en forma expresa, en la vigencia de poder presentada por el Contratista en su demanda, la facultad de interponer demandas. Sobre ello, se debe considerar que dicha excepción se sustenta en el cuestionamiento a la representación procesal de quien actúa en nombre del demandante, sea porque el título que invoca es imperfecto, y por consiguiente, insuficiente; o que no se configure dicha representación, por lo que sería defectuosa.
- b) Sobre ello, corresponde analizar el contenido y alcances del literal H) de la vigencia de poder que el Contratista ha adjuntado como anexo 1-G de su demanda, en cuanto señala:

H) Sostener en juicio o fuera de él los derechos de la compañía con las facultades generales y especiales del mandato señalados en los Arts. 74 y 75 del CPC, estando en consecuencia plenamente facultados para ejercer la representación, judicial de la compañía. Ejerciendo las atribuciones y potestades generales que corresponden a la compañía sin limitación alguna, pudiendo interponer o absolver todo tipo de recursos, excepciones, oposiciones, recursos impugnatorios y todos los actos procesales que resulten necesarios para la debida defensa de la compañía en cualquier proceso de cualquier naturaleza y vía procedimental ante autoridades judiciales de cualquier jerarquía, jurisdicción y competencia incluyendo dentro de sus facultades las de ejecutar sentencias y cobrar costas y costos. Asimismo, ejercerán sin limitación alguna, las facultades especiales establecidas por el Art. 75 del CPC pudiendo en consecuencia, realizar todo los actos de disposición de derechos sustantivos, demandar, reconvenir, contestar demandas y reconveniones, deducir excepciones, tachas u oposiciones y defensas previas y absolverlas, desistirse de actos procesales, desistirse del proceso y de la pretensión, allanarse a la pretensión, conciliar, y transigir, someter a arbitraje las pretensiones controvertidas, solicitar medidas cautelares, fuera o dentro del proceso, ofrecer contracautela de naturaleza real o de parte, retirar y/o cobrar certificados de consignación judicial, sustituir y/o delegar la adecuada y completa defensa de los intereses de la compañía.

- c) Conforme se aprecia de dicho texto, entre las facultades de representación de las que está investido el señor Antenor Rafael Aysano Pasco, está la de "someter a arbitraje las pretensiones controvertidas", lo que aunado al contexto de las facultades de representación a que se refiere el literal H) en referencia, conlleva a que este Árbitro Único considere que el mismo sí cuenta con la debida representación del Contratista, para poder interponer la presente demanda arbitral. En consecuencia, corresponde declarar INFUNDADA la Excepción de representación defectuosa o insuficiente del demandante, promovida por la Municipalidad.

11.4. Habiendo sido resueltas las cuestiones previas planteadas, estando la causa expedita para emitir laudo, no habiendo trámite pendiente de actuación, previa a la emisión del laudo, el Árbitro Único considera necesario señalar, de acuerdo a lo actuado hasta este punto del proceso, las siguientes consideraciones:

- a) Al margen de la solicitud de incompetencia formulada por la Municipalidad, sobrevenida a raíz de la Transacción Extrajudicial sobre la cual ya ha habido decisión de este Árbitro Único, no se ha registrado oposición o cuestionamiento al arbitraje, como vía para solucionar las controversias sometidas al presente proceso. Asimismo, la designación, aceptación y actuación del Árbitro Único, no ha sido cuestionada por las partes, no se ha formulado recusaciones y tampoco se ha cuestionado la Instalación y las reglas arbitrales aprobadas. Las partes han presentado la demanda y contestación a la demanda en la forma y tiempo establecidos, habiéndose deducido por parte de la Municipalidad, una excepción, la de representación defectuosa o insuficiente del demandante, sobre la cual ya

1. El tribunal arbitral es el único competente para decidir sobre su propia competencia (...)

Árbitro Único: Walter A. Palomino Cabezas

habido también decisión de este Árbitro Único. Al margen de ello, se advierte de autos que la Municipalidad no ha formulado reconvencción.

- b) Se advierte además, que las partes no han formulado cuestionamientos a los medios probatorios ofrecidos, no habiendo discrepancia alguna entre el contenido y alcances de las Bases integradas del proceso ni del Contrato de Suministro, ofrecidos como medio probatorio por ambas partes. Tampoco se han formulado cuestionamiento al desarrollo del proceso conforme a las reglas establecidas en el Acta de Instalación. Las partes han tenido oportunidad de ofrecer las pruebas que estimaron pertinentes para sustentar sus respectivas posiciones, así como presentar alegatos y los informes orales correspondientes. No se formuló objeción a la determinación de puntos controvertidos y, en general, no ha habido cuestionamiento al ejercicio del derecho de defensa y debido proceso.

11.5. La controversia sometida al presente arbitraje está relacionada a la ejecución contractual derivada de la aplicación de las normas sobre Contratación Pública y, en consecuencia, a una relación contractual en la que existen un conjunto de obligaciones, tanto para la parte privada o contratista, como también para la parte contratante o entidad pública, las mismas que están obligadas a su cumplimiento. En efecto:

- La obligatoriedad del contrato es la fuerza que obliga a tal cumplimiento, siendo que el contrato como categoría general, es obligatorio, sea de derecho privado o de derecho público, pues en ambos casos se trata de *"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 Derecho (público y privado) el contrato es obligatorio en cuanto se haya expresado en él"*².
- Dentro de las obligaciones de las partes, se encuentran la de realizar los trabajos contratados, entregar los bienes acordados en los plazos establecidos, cumplir con las condiciones establecidas para la ejecución de prestaciones, abonar de modo oportuno la contraprestación correspondiente, todo ello, sin perjuicio de la ocurrencia en el transcurso de su ejecución, de hechos que motiven una alteración de las condiciones inicialmente pactadas, y que constituyen supuestos que puedan dar motivos a la aprobación de deductivos, adicionales o ampliaciones de plazo y, en general, brindar las condiciones necesarias para alcanzar el fin contractual deseado.
- En este contexto, debe considerarse que el contrato de la administración pública, específicamente, el contrato derivado de la aplicación de la LCE y el RLCE, constituye un contrato de prestaciones recíprocas, conforme la opinión vinculante³ del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado – OSCE a través de la Opinión N° 067-2012/DTN, la Opinión N° 083-2012/DTN y reiterada por la Opinión N° 012-2015-DTN:

"(...) debe señalarse que una de las características principales de los contratos sujetos a la normativa de contrataciones del Estado es que estos contratos involucran prestaciones recíprocas. Así, si bien es obligación del proveedor ejecutar las prestaciones pactadas a favor de la Entidad, es obligación de la Entidad cumplir con las obligaciones que ha asumido..."

Al respecto, debe indicarse que si bien en los contratos celebrados bajo el ámbito de la normativa de contrataciones del Estado prima el interés público cuya satisfacción persigue la Entidad contratante, ello no afecta el hecho que desde la perspectiva del contratista, el interés en participar en una contratación estatal sea el de obtener una retribución económica a cambio de las prestaciones ejecutadas en favor de la Entidad contratante."

11.6. En este contexto, el Árbitro Único debe precisar que el análisis que se efectúa en el laudo, se circunscribe a los puntos controvertidos fijados en el Acta de Audiencia de Conciliación y Determinación de Puntos Controvertidos, teniendo presente el contenido del Contrato y las Bases, los argumentos

² DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *El Contrato en General*. Vol. XI, primera parte, Tomo I, Lima, 1991. Pág. 360

³ RLCE.- Tercera Disposición Complementaria Final del RLCE (modificada por D.S. 138-2012-EF)

Las opiniones mediante las que el OSCE absuelve consultas sobre la normativa de contrataciones del Estado tienen carácter vinculante desde su publicación en el portal institucional del OSCE. El criterio establecido en la opinión conservará su carácter vinculante mientras no sea modificado mediante otra opinión posterior, debidamente sustentada o por norma legal. (...)

Árbitro Único: Walter A. Palomino Cabezas

expuestos por ambas partes, los medios probatorios ofrecidos e incorporados como material probatorio, así como el respeto al derecho de defensa e igualdad procesal que han tenido ambas partes durante el desarrollo del presente proceso arbitral. Con relación a los medios probatorios, tienen por finalidad concreta acreditar los hechos expuestos por las partes y producir certeza en el Árbitro Único a efectos de fundamentar sus decisiones, debiendo valorarse los medios probatorios en forma conjunta utilizando para ello su libre apreciación razonada.

11.7. Con base a lo señalado, el Árbitro Único procede a efectuar el análisis de los puntos controvertidos para emitir su pronunciamiento sobre cada uno de ellos:

DÉCIMO SEGUNDO.- Respecto al primer punto controvertido: Determinar la validez o invalidez de la resolución contractual ejercida por el Contratista mediante carta notarial N° 4179-14 de fecha 01 de agosto del 2014.

12.1. El Contratista sostiene que la resolución de Contrato de Suministro ejercida por él es válida pues cumplió con el procedimiento establecido en el propio Contrato de Suministro, en la LCE y en el RLCE para resolverlo. Ante el incumplimiento de la Municipalidad, el Contratista cursó la Carta Notarial N° 4066-14 con el requerimiento bajo apercibimiento de resolver el contrato y, ante el incumplimiento de la Municipalidad, le cursó la Carta Notarial N° 4179-14 resolviendo el Contrato de Suministro.

Por su parte, la Municipalidad sostiene que el Contratista no ha probado que al momento de haber efectuado el requerimiento de pago bajo apercibimiento de resolverse el contrato, contaban con los documentos necesarios para efectuar el pago, pues según las Bases integradas del proceso, concordante con el artículo 176 del RLCE, el pago se realizará en pagos semanales, previa recepción y conformidad de la Sub Gerencia de Patrimonio, Servicios Generales y Maestranza, conjuntamente con el encargado del Almacén Central de la Municipalidad y el Informe del funcionario responsable del Área usuaria, quien deberá verificar, dependiendo de la naturaleza de la prestación, la calidad cantidad y cumplimiento de las condiciones contractuales, debiendo realizar las pruebas que fueran necesarias, es decir, para que la Municipalidad disponga la emisión de la conformidad de las prestaciones, el Contratista debe cumplir con presentar la documentación que justifica el pago y acredite la existencia de la prestación de los servicios.

12.2. Con relación a la resolución del contrato por incumplimiento, la parte final del literal c) del artículo 40 de la LCE establece que ese derecho (el de resolver el contrato) también le asiste al contratista "(...) *ante el incumplimiento por la Entidad de sus obligaciones esenciales, siempre que el contratista la haya emplazado mediante carta notarial y ésta no haya subsanado su incumplimiento*". En esa misma línea, el artículo 169° del RLCE señala en su primer párrafo que "*si alguna de las partes falta al cumplimiento de sus obligaciones, la parte perjudicada deberá requerirla mediante carta notarial para que las satisfaga en un plazo no mayor a cinco (5) días, bajo apercibimiento de resolver el contrato*"; agregando en su segundo párrafo, *in fine*, que "*si vencido dicho plazo el incumplimiento continua, la parte perjudicada podrá resolver el contrato en forma total o parcial, comunicando mediante carta notarial la decisión de resolver el contrato*".

12.3. En el presente caso, se verifica que el Contratista cursó a la Municipalidad la Carta Notarial N° 4066-14, de fecha 11 de julio 2014, recibida en la misma fecha por la Municipalidad. Sobre la entrega y recepción de esta Carta Notarial no hay discrepancia entre las partes. A través de la misma, el Contratista le imputa a la Municipalidad la falta de pago de diversas facturas detalladas en dicha Carta, todas ellas por la suma total de S/ 340 270.11 y le concede el plazo de dos días calendario contados a partir del día siguiente de la recepción, para cumplir con su pago. De autos y lo probado en autos, se tiene que la Municipalidad no cumplió con el pago requerido, pero tampoco contestó la Carta, en ningún sentido, sea negando la pretensión o contradiciéndola.

12.4. En ese mismo sentido, al no haber dado respuesta la Municipalidad a la Carta Notarial antes mencionada, es que el Contratista procedió a cursar a la Municipalidad la Carta Notarial N° 4179-14, de fecha 01 de agosto de 2014, recibida por la Municipalidad el 02 de agosto 2014. Sobre la entrega y

Árbitro Único: Walter A. Palomino Cabezas

recepción de esta Carta Notarial tampoco hay discrepancia entre las partes. A través de la misma el Contratista formaliza la resolución del Contrato N° 071-2013-GAF-MSS, invocando lo dispuesto en el artículo 40 y 48 de la LCE y 170 del RLCE.

12.5 De acuerdo a ello, el Árbitro Único advierte que el Contratista siguió el procedimiento establecido en la LCE y el RLCE para la formalización de la resolución del Contrato de Suministro, pero además, de lo actuado y probado en autos, se tiene que la resolución del Contrato de Suministro ha sido consentida por la Municipalidad, al no haberse acreditado en autos que la Municipalidad haya controvertido dicha resolución en sede arbitral, por lo que correspondería en principio, declarar la validez y eficacia de dicha resolución.

12.6. Sin embargo, la Municipalidad sostiene en su contestación a la demanda, que el Contratista no ha probado que, al momento de efectuar el requerimiento de pago bajo apercibimiento de resolver el Contrato (entiéndase referido a la Carta Notarial de fecha 11 de julio 2014), se contaban o no con los documentos necesarios para efectuar el pago, que se realizará previa recepción y conformidad de la Sub Gerencia de Patrimonio, Servicios Generales y Maestranza, conjuntamente con el encargado del Almacén Central de la Municipalidad y el Informe del funcionario responsable del Área usuaria, quien deberá verificar, dependiendo de la naturaleza de la prestación, la calidad cantidad y cumplimiento de las condiciones contractuales, debiendo realizar las pruebas que fueran necesarias, es decir, para que la Municipalidad disponga la emisión de la conformidad de las prestaciones, el Contratista debe cumplir con presentar la documentación que justifica el pago y acredite la existencia de la prestación de los servicios.

12.7 Sobre ello, el Árbitro Único considera que este argumento de fondo expuesto por la Municipalidad respecto al requerimiento formulado por el Contratista bajo apercibimiento de resolver el Contrato de Suministro, debió ser opuesto por la Municipalidad como respuesta precisamente a la mencionada Carta Notarial N° 4066-14 de fecha 11 de julio 2014, sin embargo, conforme a lo antes señalado, no cabe duda alguna que la Municipalidad no contestó la mencionada Carta. En ese mismo orden, aun cuando no haya contestado esa Carta Notarial de fecha 11 de julio 2014, la Municipalidad también tuvo expedito su derecho de controvertir la resolución del Contrato de Suministro, luego de haber recibido el 02 de agosto 2014 la Carta Notarial N° 4179-14 de fecha 01 de agosto 2014, con la cual el Contratista resolvió el Contrato de Suministro. A consecuencia de ello, por hechos propios atribuibles a la Municipalidad, es que la resolución del contrato ha quedado consentida y firme, siendo válida y eficaz.

12.8 En efecto, también constituye un hecho no controvertido por las partes, en especial por la Municipalidad, que dicha Municipalidad no cuestionó en sede arbitral la resolución del Contrato de Suministro, vale decir, que la resolución del Contrato ha sido consentida por la Municipalidad. Pero además, ha quedado establecido en autos, y también es un hecho no controvertido, que la Municipalidad procedió a pagar las Facturas pendientes de pago, y que, al momento de interponerse la presente demanda, sólo quedaba el saldo parcial de una de aquellas Facturas. Hecho concreto y objetivo que, a entender del Árbitro Único, enerva el argumento expuesto por la Municipalidad.

A consideración del árbitro, estando consentida dicha resolución, no es posible en el presente proceso arbitral entrar al análisis de fondo sobre la resolución del Contrato de Suministro (más aun cuando tampoco ha sido materia de demanda reconvencional por parte de la Municipalidad), y sólo corresponde en el presente proceso, evaluar el cumplimiento de las formalidades y el procedimiento seguido por el Contratista, que, conforme a lo ya analizado, en el presente caso se ha cumplido con dichas formalidades y procedimiento establecidos en la LCE y el RLCE para configurar dicha resolución contractual. De admitirse lo planteado por la Municipalidad, significaría enervar los alcances de la normatividad sobre Contrataciones Públicas, en relación a la ejecución contractual, a la resolución de los contratos por incumplimiento de las partes y a la solución de controversias contractuales, pues se desvirtuaría o desnaturalizaría el régimen de plazos y el procedimiento y formalidad para la resolución de los contratos.

12.9 Como consecuencia de ello, resolviendo el primer punto controvertido, corresponde declarar la validez y eficacia de la resolución del Contrato de Suministro ejercida por el Contratista frente a la

Árbitro Único: Walter A. Palomino Cabezas

Municipalidad mediante la Carta Notarial N° 4179-14 de fecha 01 de agosto 2014, y por su efecto, FUNDADA la Pretensión principal de la demanda.

DÉCIMO TERCERO.- Respecto al segundo punto controvertido: En caso de no ampararse la pretensión anterior, determinar si corresponde declarar la resolución de contrato de suministro.

13.1. Habiendo sido resuelto el primer punto controvertido, amparando la pretensión principal respecto a la validez de la resolución contractual ejercida por el Contratista, carece de objeto entrar al análisis del segundo punto controvertido, y por su efecto, corresponde también declarar que CARECE DE OBJETO emitir pronunciamiento sobre la Pretensión subordinada a la pretensión principal.

DÉCIMO CUARTO.- Respecto al tercer punto controvertido: Determinar si corresponde que la Municipalidad pague a favor del Contratista S/ 30 000,00 por los daños y perjuicios ocasionados como consecuencia del amparo de cualquiera de las dos pretensiones anteriores; o bien la suma que se considere aplicable por criterio de equidad.

14.1. El Contratista pretende que se condene a la Municipalidad, como efecto de la resolución del Contrato, al pago de Treinta mil soles (S/ 30 000,00) por los daños y perjuicios ocasionados al Contratista; o bien la suma que se considere aplicable por criterio de equidad, más los intereses legales correspondientes, para lo cual señala que el incumplimiento del pago a cargo de la Municipalidad no es atribuible a un caso fortuito o fuerza mayor; y no puede considerarse que la Municipalidad actuó con diligencia ordinaria o que la obligación era jurídica o físicamente imposible; sino que se trata de una conducta dolosa porque de manera deliberada incumplió la obligación de pago a su cargo. Señala que el monto de S/ 30 000,00 constituye el valor de los bienes entregados y no pagados por la Municipalidad, los intereses devengados y los que se devengarán hasta el momento de su abono efectivo, pues la falta de pago de los bienes entregados al Municipalidad han afectado el patrimonio del Contratista. En todo caso, se debe fijar el monto del resarcimiento bajo el criterio de equidad.

Por su parte, la Municipalidad sostiene que el Contratista no ha acompañado medio probatorio que acredite el daño causado que permita reconocer una pretensión indemnizatoria; y que todo daño susceptible de reparación, cualquiera sea su naturaleza, debe ser cierto si desea aspirar a una reparación, presente o futura, no puede ser eventual o hipotético; quien invoca la reparación del daño, debe probar que el mismo se produjo; y que la probanza del daño por el actor es una regla general que se aplica aunque funciones la presunción de culpa o de responsabilidad objetiva.

14.2. Al respecto, se debe señalar que, en el presente caso, la indemnización pretendida por el Contratista, deriva de una inexecución de obligaciones contractuales imputables a la Municipalidad, por lo que debe tenerse presente la regulación contenida al respecto, en la LCE y el RLCE. Al respecto, el artículo 44 de la LCE, al referirse a la resolución de los contratos, señala en su segundo párrafo que "cuando se resuelva el contrato, por causas imputables a alguna de las partes, Se deberá resarcir los daños y perjuicios ocasionados". Por su parte, el RLCE establece lo siguiente:

Artículo 170.-Efectos de la resolución

(...)

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

(...)

14.3. Estando configurada en las normas de contratación pública la procedencia de la indemnización por daños y perjuicios en los casos de resolución del contrato por causa imputable a la Entidad, debemos hacer referencia a la regulación de la doctrina y del Código Civil, sobre dicha materia. Así:

- La doctrina conceptúa la indemnización por daños y perjuicios como la acción que tiene el perjudicado para exigir del causante del daño una cantidad de dinero equivalente a la utilidad o beneficio que a aquél le hubiese reportado el cumplimiento efectivo, íntegro y oportuno de la obligación o a la reparación

Árbitro Único: Walter A. Palomino Cabezas

del mal causado. La indemnización pues tiene una naturaleza resarcitoria, y deber ser otorgada por los daños y perjuicios que hubiese afectado al contratante, cuya probanza del hecho alegado corresponde al quien alega tal pretensión. En este sentido se pronuncia el artículo 1321 del Código Civil: *"queda sujeto a la indemnización de daños y perjuicios quien no ejecuta sus obligaciones por dolo, culpa inexcusable o culpa leve. (...) 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 tanto sean consecuencia inmediata y directa de tal ejecución"*.

- En el ámbito contractual, la responsabilidad contractual es la que procede ante la infracción de un contrato válido o la que resulta del incumplimiento de una obligación nacida de un contrato. En consecuencia, para que se configure la responsabilidad contractual, debe cumplirse con lo siguiente: Primero, debe existir un contrato válidamente celebrado, el cual debe ser eficaz y que efectivamente existió; segundo, la existencia de una conducta que califique como antijurídica, es decir, debe producirse un incumplimiento que debe ocasionar un daño; tercero, debe existir una relación de causalidad entre el incumplimiento de la parte causante y el daño ocasionado a la parte perjudicada; y cuarto: deben configurarse los factores de atribución subjetivos y objetivos. El mero incumplimiento contractual o producción del hecho ilícito no produce de forma automática el nacimiento de la indemnización por daños y perjuicios. La probanza de este incumplimiento o realización del hecho doloso o culposo corresponde al perjudicado, el cual debe probar el nexo de causalidad entre el hecho y el daño producido.

- El artículo 1321 del Código Civil, señala que queda sujeto a la indemnización de daños y perjuicios quien no ejecuta sus obligaciones por dolo, culpa inexcusable o culpa leve; 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; y que si la inejecución o el cumplimiento parcial, tardío o defectuoso de la obligación, obedecieran a culpa leve, el resarcimiento se limita al daño que podía preverse al tiempo en que ella fue contraída. Para lo cual es necesario determinar si existe el daño supuestamente alegado por el perjudicado. Al respecto, en nuestro sistema jurídico de responsabilidad civil, rige la regla según la cual el daño está definido como el menoscabo que sufre el sujeto dentro de su esfera jurídica patrimonial o extra patrimonial, y que acreditado el nexo causal entre el daño irrogado y el agente causante debe ser reparado o indemnizado.

14.4. Bajo estos conceptos, en el presente caso, el Contratista pretende una indemnización por los daños y perjuicios que le habría ocasionado la Municipalidad por el incumplimiento de sus obligaciones contractuales. En esa línea, el artículo 1331° del Código Civil, señala que *"La prueba de los daños y perjuicios y de su cuantía también corresponde al perjudicado por la inejecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso"*. Entonces, quien tiene la carga de la prueba es quien afirma que ha sido perjudicado por la inejecución de la obligación contractual, vale decir que quien solicita una indemnización debe probarlo. Así y estando a lo indicado, queda claro, en primer término, que en el presente caso arbitral, el Contratista tiene la carga de probar los perjuicios que alega.

14.5. En el presente caso, de lo actuado en autos, de los sustentos de la demanda y de la contestación, se tiene lo siguiente:

a) Respecto a la antijuricidad, constituye un hecho acreditado objetivamente, el incumplimiento por parte de la Municipalidad respecto a sus obligaciones contractuales, lo que queda evidenciado con la resolución del Contrato de Suministro por causa imputable a la Municipalidad, resolución que ha sido consentida, resultando de aplicación los artículos 44 y 170 de la LCE y el RLCE, respectivamente, ya citados, que establecen un deber jurídico a cargo de la parte contractual por cuya causa se produce la resolución del contrato, en este caso, la Municipalidad, de resarcir los daños y perjuicios ocasionados al Contratista, configurándose así el elemento de antijuricidad, que resulta ser lo contrario a la ley, sinónimo de ilicitud que abarca la violación del deber impuesto contractualmente y que causa daño a la otra parte, obligando a la reparación en virtud de imputación del perjuicio..

Walter A. Palomino Cabezas

ABOGADO

Reg. C.A.L. 13387

Árbitro Único: Walter A. Palomino Cabezas

- b) En cuanto al daño, es la lesión a un interés jurídicamente protegido; sin daño o perjuicio no hay responsabilidad civil, puesto que el objetivo primordial de la misma es precisamente la indemnización o resarcimiento del daño causado. Todo daño a efectos de ser indemnizado debe ser cierto o real, esto es, efectivo. El daño indemnizable debe ser directo, debe provenir directamente del hecho del autor o del incumplimiento de una obligación contractual. Además de ello, el daño debe ser injusto, debe haberse producido por efectos de un hecho generador de un supuesto de responsabilidad civil, en otras palabras un daño cuya realización no sea "justificada" por el ordenamiento jurídico. En el presente caso se evidencia el daño ante el incumplimiento de las obligaciones contractuales por parte de la Municipalidad, dando lugar a la resolución del contrato, resolución que, como se ha dicho, ha quedado consentida, lo que lo torna en un hecho objetivo, debiendo el Contratista asumir el pago del saldo pendiente de la Factura puesta a cobro más los intereses generados y que se generan hasta su total pago. Debiendo resaltar que en la secuela del proceso, la Municipalidad no ha cuestionado el monto materia de demanda, ni su obligación a dicho pago.
- c) Respecto al nexo causal o relación causal, podemos definirla como el nexo o relación existente entre el hecho determinante del daño y el daño propiamente dicho, es una relación de causa efecto, que permite establecer hechos susceptibles de ser considerados determinantes del daño, cual es aquel que ocasiona el daño que produce finalmente el detrimento, así como entre una serie de daños susceptibles de ser indemnizados los cuales merecerán ser reparados. Nuestra legislación hace uso del criterio adoptado en la teoría sobre la relación causal, plasmada en el artículo 1985 del Código Civil⁴. En el presente caso, con relación a los daños y perjuicios alegados por el Contratista, quedan acreditados por las consecuencias patrimoniales de la ruptura del vínculo contractual por causas imputables a la Municipalidad (lo que se configuró con la resolución del Contrato con fecha 01 de agosto 2014 no impugnada en sede arbitral) por el no pago de las facturas puesta a cobro.
- d) En lo que respecta a los factores de atribución, en doctrina se considera al dolo y a la culpa. En cuanto al dolo, en sentido general, se considera a la intención o voluntad de causar el daño, y que recoge el artículo 1318° del Código Civil: "*Procede con dolo quien deliberadamente no ejecuta la obligación*". Por su parte, la culpa es la creación de un riesgo injustificado y es el fundamento del sistema subjetivo de responsabilidad civil: ante la dificultad de probar la culpa del autor, es decir, dado lo difícil que es conocer el aspecto subjetivo del autor, nuestro ordenamiento ha considerado que es conveniente establecer presunciones de culpabilidad, invirtiendo la carga de la prueba, de tal modo que la víctima ya no estará obligado a demostrar la ausencia de culpa. Esta inversión de la carga de la prueba y correlativa presunción de culpabilidad del autor en el sistema subjetivo de responsabilidad civil extracontractual presume la culpa del autor del daño causado. Para el presente caso, El Árbitro Único estima que en este caso no se configura el dolo, alegado por el Contratista, pues aparte que requiere ser probado, no existen elementos que permitan establecer que la Entidad tuvo intención, a través de sus funcionarios, de causar daño al Contratista. Por ello, cabe referirnos a la culpa, diferenciándose diversos grados de culpa: Culpa grave (art. 1319 Código Civil) definido como culpa inexcusable y viene a ser el no uso de la diligencia que es propia de la mayoría de las personas; y Culpa leve (artículo 1320 Código Civil) que es la omisión de la diligencia ordinaria exigida por la naturaleza de la obligación y que corresponda a la circunstancias de las personas, el tiempo y el lugar.

En este caso, el Árbitro Único estima la configuración de culpa inexcusable pues la Entidad a través de sus funcionarios debieron cumplir con el pago de las Facturas en su momento oportuno; y en caso no se hubieran cumplido los requisitos contractuales para ello, oponer dicho argumento a la solicitud del Contratista, o respondiendo la Carta de requerimiento de fecha 11 de julio 2014, o en todo caso, contravirtiendo la resolución del Contrato en sede arbitral.

14.6. A todo lo expuesto, se debe tener presente que el no cobro oportuno de las facturas por parte del Contratista e imputable a la Municipalidad se traduce en un perjuicio en el ámbito de su actividad

⁴ La indemnización comprende las consecuencias que deriven de la acción u omisión generadora del daño, incluyendo el lucro cesante, el daño a la persona y el daño moral, debiendo existir una relación de causalidad adecuada entre el hecho y el daño producido..."

Árbitro Único: Walter A. Palomino Cabezas

empresarial, respecto a la oportunidad de negocio, al no poder disponer, en la oportunidad debida, del dinero que corresponde por el pago del producto entregado. Si bien no existe parámetro objetivo para valorar este menoscabo, debe considerarse que *"la pretensión indemnizatoria de suma determinada de dinero no le hace perder su calidad de deuda de valor, en la medida que su objeto no es un número determinado de monedas, sino el resarcimiento de un daño que tiene su origen en una relación contractual, en la que el mismo se encuentra en conexión con el acto ejecutado por el responsable, razón por la cual la reparación o indemnización debe ser integral y plena"* (Expediente N° 476-96-Lima, Gaceta Jurídica N° 33. Pág. 3), por lo que siendo una valoración subjetiva, exige fijar el quantum de forma prudencial, al amparo de lo dispuesto por el Código Civil, en su artículo 1332: *"Si el resarcimiento del daño no pudiera ser probado en su monto preciso, deberá fijarlo el juez con valoración equitativa"*.

14.7. En este contexto, se tiene que el Contratista plantea que la Municipalidad le pague por concepto de daños y perjuicios, la suma de S/ 30 000,00 que comprende el valor de los bienes entregados y no pagados por la Municipalidad, los intereses devengados y por devengar hasta su abono definitivo; o que aplicando el criterio de equidad se fije el monto resarcitorio por concepto de daños y perjuicios. Estando a lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 44 de la LCE, el segundo párrafo del artículo 170° del RLCE y el artículo 1332 del Código Civil, resolviendo el tercer punto controvertido, corresponde declarar FUNDADA EN PARTE la Primera pretensión condicionada, y disponer que, al haberse declarado válida y eficaz la resolución del Contrato de Suministro, la Municipalidad debe pagar la suma de S/ 23 697,82 al Contratista, correspondiente al saldo de la Factura N° 548238, más los intereses generados y que se generen hasta su total cancelación por parte de la Municipalidad; asimismo, disponer que la Municipalidad pague al Contratista la suma de Cinco mil y 00/100 (S/ 5 000,00) por concepto de daños y perjuicios ocasionados al Contratista.

DÉCIMO QUINTO.- Respecto al cuarto y quinto puntos controvertidos: Determinar si como consecuencia de amparar cualquiera de las dos primeras pretensiones, corresponde: (i) declarar que el Contratista no está obligado a renovar las cartas fianzas de fiel cumplimiento señaladas en el contrato de suministro; y (ii) Determinar si como consecuencia de amparar cualquiera de las dos primeras pretensiones, corresponde se ordene a la Municipalidad devuelva las cartas fianzas de fiel cumplimiento otorgadas por el Contratista.

15.1. El Contratista pretende que, como consecuencia de la resolución del Contrato de Suministro por causa imputable a la Municipalidad, se declare que no está obligado a renovar las cartas fianzas de fiel cumplimiento que garantizaron el referido Contrato y, además, que se ordene su devolución por parte de la Municipalidad.

Por su parte la Municipalidad señala que no está obligado a renovar las cartas fianzas de fiel cumplimiento ni a devolverlas, por cuanto considera que la resolución del Contrato de Suministro es ineficaz, y que el referido Contrato suscrito tiene plena validez entre las partes, y de acuerdo a la LCE y el RLCE, existe la obligación del Contratista a mantener vigente las cartas fianzas

15.2. Sobre las garantías relacionadas al proceso de selección que genera el presente arbitral, se tiene que las Bases de la Licitación Pública por Subasta Inversa Electrónica N° 010-2013-CE-MSS para la Contratación del Suministro de Bienes: Suministro de Combustible, en su numeral 3.5.1 señala que *"el postor ganador debe entregar a la Entidad la garantía de fiel cumplimiento del contrato. Esta deberá ser emitida por una suma equivalente al diez por ciento (10%) del monto del contrato original y tener vigencia hasta la conformidad de la recepción de la prestación a cargo del contratista"*.

En ese mismo sentido, la Cláusula Octava del Contrato N° 071-2013-GAF-MSS establece que el contratista a la suscripción del contrato entregó como garantía, la Carta Fianza N° 010410885-000 por la suma de S/ 330 263,30 emitida por Scotiabank, equivalente al 10% del monto del contrato, y con vencimiento al 21 de setiembre 2014, la misma que deberá mantenerse vigente hasta la conformidad de la recepción de la prestación a cargo del Contratista. Además. En la Cláusula Novena, se señala que la Entidad está facultada para ejecutar la garantía en caso el contratista no cumpliera con renovarla.

Walter A. Palomino Cabezas
ABOGADO
Reg. C.A.L. 13387

Árbitro Único: Walter A. Palomino Cabezas

15.3. Al respecto, se debe tener presente que el artículo 39° de la LCE establece que las modalidades, montos, condiciones y excepciones de las garantías, entre ellas, la de fiel cumplimiento, materia del presente proceso arbitral, *"son regulados en el reglamento"*. En cuanto a la vigencia de la garantía de fiel cumplimiento, el artículo 158° del RLCE establece que debe tener vigencia *"hasta la conformidad de la recepción de la prestación a cargo del contratista, en el caso de bienes y servicios"*. Asimismo, el artículo 164° del RLCE contiene disposiciones sobre la ejecución de garantías, en caso de no renovación oportuna (numeral 1) y en casos de resolución de contrato (numeral 2)⁵.

De este contexto fáctico y normativo, en referencia al presente caso arbitral, se debe señalar que en autos las partes no han proporcionado mayor información sobre la situación actual de la garantía de fiel cumplimiento consistente en la Carta Fianza emitida por el Banco Santander y con vencimiento al 24 de enero 2015. Sin embargo, ello no obsta para que el Árbitro Único pueda pronunciarse respecto a las posiciones expuestas por ambas partes sobre este punto controvertido.

15.4. Conforme lo ordena la LCE y el RLCE ya glosados en su parte pertinente, el Árbitro Único estima que es una obligación del contratista mantener vigente la garantía hasta la conformidad de la prestación, conforme lo exige el artículo 158° del RLCE que es recogido tanto por las Bases como por el Contrato. En concordancia con dicho dispositivo, el artículo 164 del RLCE, numeral 1, autoriza a las entidades a ejecutar la garantía por falta de renovación; en tanto que el numeral 2 dispone que la garantía se ejecutará cuando la resolución del contrato haya quedado consentida o cuando el laudo arbitral consentido y ejecutoriado declare procedente la decisión de resolver el contrato.

15.5. Sin embargo, en el presente caso, y conforme a lo expuesto en el Considerando Décimo Segundo, el Contrato de Suministro ha quedado resuelto por incumplimiento de la Municipalidad, resolución que ha quedado consentida, y por ello, no concurre la situación fáctica a que se refiere el artículo 158 y el artículo 164 del RLCE, respecto a la obligación de mantener la vigencia de las garantías por parte del Contratista así como las causales para ejecutar las garantías, respectivamente.

15.6. Por el contrario, al haberse declarado resuelto el Contrato de Suministro, por causa imputable al Contratista, resolución que incluso ha sido consentida por la Municipalidad, no existe en consecuencia relación contractual vigente que haga exigible renovar las garantías que se hubiere otorgada para su fiel cumplimiento e incluso que la siga conservando la Municipalidad, por lo que corresponde disponerse su devolución al Contratista.

15.7. En consecuencia, resolviendo el cuarto y quinto puntos controvertidos, corresponde declarar FUNDADA la Segunda pretensión condicionada, y disponer que, al haberse declarado válida y eficaz la resolución del Contrato de Suministro, el Contratista no está obligado a renovar las cartas fianzas de fiel cumplimiento; ordenándose además a la Municipalidad a devolver la cartas fianzas que obran en su poder, otorgadas por el Contratista en garantía de fiel cumplimiento del Contrato de Suministro.

DÉCIMO SEXTO.- Con relación a los costos arbitrales del proceso arbitral.

16.1. El numeral 69 de la Ley de Arbitraje establece que las partes tiene la facultad de adoptar, ya sea directamente o por referencia a reglamentos arbitrales, reglas relativas a los costos del arbitraje. A falta de acuerdo, el Árbitro Único dispondrá lo conveniente, con sujeción a lo dispuesto en la referida ley. En ese sentido, el numeral 1 del artículo 73 de la Ley de Arbitraje establece que, a falta de acuerdo, los

⁵ Artículo 164.- Ejecución de garantías

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

1. Cuando el contratista no la hubiere renovado antes de la fecha de su vencimiento. Contra esta ejecución, el contratista no tiene derecho a interponer reclamo alguno. Una vez culminado el contrato, y siempre que no existan deudas a cargo del contratista, el monto ejecutado le será devuelto a éste sin dar lugar al pago de intereses. Tratándose de las garantías por adelantos, no corresponde devolución alguna por entenderse amortizado el adelanto otorgado.

(...)

2. La garantía de fiel cumplimiento y la garantía adicional por el monto diferencial de propuesta se ejecutarán, en su totalidad, sólo cuando la resolución por la cual la Entidad resuelve el contrato por causa imputable al contratista, haya quedado consentida o cuando por laudo arbitral consentido y ejecutoriado se declare procedente la decisión de resolver el contrato (...)

Árbitro Único: Walter A. Palomino Cabezas

costos del arbitraje serán de cargo de la parte vencida, pero que, *"sin embargo, el tribunal arbitral podrá distribuir y prorratear estos costos entre las partes, si estima que el prorrateo es razonable, teniendo en cuenta las circunstancias del caso"*.

16.2. Al respecto, se debe tener presente que el Contratista, en el primer otrosí, de su escrito de demanda, solicitó que se condene a la Municipalidad al pago de los costos y gastos derivados de la tramitación del presente arbitraje, *"teniendo en cuenta que fue ella quien decidió incumplir el Contrato de Suministro"*. Por su parte, la Municipalidad no ha señalado nada al respecto, en su escrito de contestación a la demanda ni en la secuela del proceso. Asimismo, el Acta de Instalación del presente proceso arbitral no contiene acuerdo expreso de las partes o regla que determine cómo se imputa o distribuye los costos del arbitraje; tampoco se determina ello en la Cláusula arbitral o en otro instrumento; razón por la cual corresponde en este acto, efectuar esa determinación, conforme lo dispone el numeral 1 del artículo 73° de la citada Ley de Arbitraje.

16.3. En ese sentido, el Árbitro Único considera que ambas partes han actuado con motivos suficientes y atendibles para litigar, atendiendo a que debían defender sus pretensiones en esta vía arbitral ante la incertidumbre jurídica que existía en el caso concreto y que originó el presente arbitraje; razón por la cual el Árbitro Único, decidiendo sobre los costos arbitrales, estima que corresponde disponer que cada parte asuma los gastos o costos que les corresponde, esto es, sus propios costos de defensa y representación; en consecuencia, corresponde a cada una de ellas asumir en un 50% los honorarios arbitrales y de Secretaría arbitral. Fijados en el Acta de Instalación del presente arbitraje.

16.4. En consecuencia, advirtiéndose que el Contratista asumió, por subrogación, el pago de los honorarios arbitrales y de Secretaría arbitral que debió efectuar la Municipalidad, corresponde disponer que la Municipalidad revierta a favor del Contratista los montos correspondientes a dichos conceptos, debidamente acreditados, conforme a los documentos de pago que obran en autos.

En consecuencia:

LAUDO:

PRIMERO.- Declarar **IMPROCEDENTE** la solicitud de la Municipalidad Distrital de Santiago de Surco, para que se declare que el Árbitro Único no es competente para conocer la pretensión sometida al presente arbitraje.

SEGUNDO.- Declarar **INFUNDADA** la Excepción de representación defectuosa o insuficiente del demandante, en este caso, el Contratista COESTI S.A., deducida por la Municipalidad Distrital de Santiago de Surco.

TERCERO.- Declarar **FUNDADA EN PARTE** la demanda, en virtud a los Considerandos antes expuestos. En consecuencia:

- a) Respecto a la **Pretensión principal**, se declara válida y eficaz la resolución contractual ejercida por el Contratista COESTI S.A. frente a la Municipalidad Distrital de Santiago de Surco, mediante Carta Notarial N° 4179-14 de fecha 01 de agosto 2014, al haber quedado consentida.
- b) Respecto a la **Primera pretensión condicionada a la Pretensión principal**, se declara que, al haberse declarado válida y eficaz la resolución del Contrato de Suministro, la Municipalidad Distrital de Santiago de Surco debe pagar al Contratista COESTI S.A. la suma de Veintitrés mil seiscientos noventa y siete soles con 82/100 (S/ 23 697,82) correspondiente al saldo de la Factura N° 548238, más los intereses generados y que se generen hasta su total cancelación; y la suma de Cinco mil y 00/100 soles (S/ 5 000,00) por concepto de daños y perjuicios ocasionados al Contratista COESTI S.A.

Walter A. Palomino Cabezas
ABOGADO
Reg. C.A.L. 13387

Proceso arbitral seguido por:
Coesti S.A. y la Municipalidad Distrital de Santiago de Surco
Expediente N°: I 248 - 2015

Árbitro Único: Walter A. Palomino Cabezas

- c) Respecto a la **Segunda pretensión condicionada a la Pretensión principal**, se declara que al haberse declarado válida y eficaz la resolución del Contrato de Suministro, el Contratista COESTI S.A. no está obligado a renovar las cartas fianzas de fiel cumplimiento; ordenándose además a la Municipalidad a devolver la cartas fianzas que obran en su poder, otorgadas por el Contratista COESTI S.A. en garantía de fiel cumplimiento del Contrato de Suministros.
- d) Respecto a la **Pretensión subordinada a la pretensión principal**; declarar que **CARECE DE OBJETO** emitir pronunciamiento, al haber sido amparada la pretensión principal.

CUARTO.- Con relación a los **COSTOS ARBITRALES**: Declarar que cada parte debe asumir los costos arbitrales que generó su participación en el presente proceso arbitral. En consecuencia, la Municipalidad Distrital de Santiago de Surco debe revertir a favor del Contratista COESTI S.A. los montos pagados por dicho Consorcio por subrogación de la Municipalidad Distrital de Santiago de Surco, por dichos conceptos, conforme se encuentra acreditado en autos.



Walter Alfredo Palomino Cabezas
Árbitro Único

INTERPRETACION, INTEGRACION Y EXCLUSIÓN DE LAUDO ARBITRAL DE DERECHO

Demandante: COESTI S.A.
Demandado: MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE SANTIAGO DE SURCO
Árbitro Único: WALTER ALFREDO PALOMINO CABEZAS
Secretaría Arbitral: Ad Hoc (Ernesto Radislav Salmón Farsic)

Resolución N°
Lima, veinticinco de abril de 2017

VISTO:

El escrito presentado el 04 de febrero 2017 por COESTI S.A. (en adelante "COESTI"), mediante el cual solicita la "interpretación, integración y exclusión" respecto al Laudo emitido con fecha 16 de enero 2017 por el Árbitro Único.

CONSIDERANDO:

PRIMERO.- ANTECEDENTES.

1.1. Con fecha 16 de enero 2017, dentro del plazo establecido para laudar, el Árbitro Único expidió el Laudo de derecho, el mismo que fue debidamente notificado al COESTI y a la Municipalidad Distrital de Santiago de Surco (en adelante "la MUNICIPALIDAD"), conforme es de verse de los cargos que obran en el expediente. Dicho Laudo, en su punto resolutorio Tercero señaló:

"TERCERO.- Declarar FUNDADA EN PARTE la demanda, en virtud a los Considerandos antes expuestos. En consecuencia:

a) Respecto a la Pretensión principal, se declara válida y eficaz la resolución contractual ejercida por el Contratista COESTI S.A. frente a la Municipalidad Distrital de Santiago de Surco, mediante Carta Notarial N° 4179-14 de fecha 01 de agosto 2014, al haber quedado consentida.

b) Respecto a la Primera pretensión condicionada a la Pretensión principal, se declara que, al haberse declarado válida y eficaz la resolución del Contrato de Suministro, la Municipalidad Distrital de Santiago de Surco debe pagar al Contratista COESTI S.A. la suma de Veintitrés mil seiscientos noventa y siete soles con 82/100 (S/ 23 697,82) correspondiente al saldo de la Factura N° 548238, más los intereses generados y que se generen hasta su total cancelación; y la suma de Cinco mil y 00/100 soles (S/ 5 000,00) por concepto de daños y perjuicios ocasionados al Contratista COESTI S.A. (...)

1.2. Mediante escrito presentado con fecha 04 de febrero 2017, la MUNICIPALIDAD solicita la interpretación, integración y exclusión de lo resuelto en el literal b) del antes glosado Tercer punto resolutorio. Por su parte, mediante escrito presentado con fecha 10 de marzo de 2017, COESTI absolvió el traslado de la antes mencionada solicitud. En ambos casos, dentro de los plazos establecidos en el numeral 53 del Acta de Instalación.

1.3. Siendo el estado del proceso, corresponde que el Árbitro Único se pronuncie y resuelva la solicitud de interpretación, integración y exclusión formulada por la MUNICIPALIDAD, por lo que, dentro del plazo concedido para ello, se procede a emitir la correspondiente resolución, debiendo tener presente que, del visto de dicha solicitud, la misma está dividida en dos pedidos concretos: (i) la solicitud de interpretación e integración de Laudo (ver parágrafo Cuarto de la referida solicitud); y (ii) la solicitud de exclusión (ver parágrafo Quinto de la solicitud).

1.4. En primer lugar, se hará referencia al primer extremo de la solicitud, referido a la interpretación e integración de Laudo, debiendo precisarse que, conforme se desprende de su texto de dicho extremo, la MUNICIPALIDAD plantea ambas figuras en forma conjunta, sin distinguir los argumentos que sustentan cada una de ellas. En segundo lugar, se hará referencia al segundo extremo de la solicitud, referida a la exclusión de laudo. En ese sentido, con base a los argumentos expuestos por la MUNICIPALIDAD en su solicitud, se procederá al respectivo análisis y decisión sobre cada una de las figuras en mención.

SEGUNDO.- DE LA SOLICITUD DE INTERPRETACIÓN E INTEGRACIÓN DEL LAUDO.

De la Interpretación del Laudo

2.1. De conformidad con lo establecido en el literal b) del numeral 1 del artículo 58° del Decreto Legislativo N° 1071, Decreto Legislativo que norma el Arbitraje (en adelante "la Ley de Arbitraje"), *"cualquiera de las partes puede solicitar la interpretación de algún extremo oscuro, impreciso o dudoso expresado en la parte decisoria del laudo o que influya en ella para determinar los alcances de la ejecución"*, de cuyo contenido se desprende que corresponde a los árbitros interpretar (*"aclarar"* según la terminología utilizada por la derogada Ley General de Arbitraje) aquellos extremos de la parte resolutive del laudo, que resulten oscuros o que aparezcan dudosos; o aquellos esquemas de razonamiento que por ser oscuros o dudosos tengan un impacto determinante en el entendimiento de la parte resolutive (aquellos que se declara u ordena hacer o dejar de hacer a las partes del arbitraje). Sobre ello:

- a) Se advierte que lo único posible de interpretar (o aclarar) es la parte resolutive del laudo (parte decisoria) y sólo como excepción, la parte considerativa, en cuanto esta pudiera influir en la claridad de lo ordenado en la parte resolutive. Esta consideración está sustentada en la doctrina arbitral que restringe, en estricto, al calificar las facultades de los árbitros para interpretar (o aclarar) su laudo: *"el propósito de la norma es permitir la aclaración de un laudo para permitir su correcta ejecución (como, por ejemplo, si pareciera haber mandatos en conflicto en la parte operativa del laudo). Esta no puede ser usada para requerir al Tribunal que explique, o que reformule, sus razones. Este no provee una ocasión para que el Tribunal reconsidere su decisión. Si esa fuera la base de la solicitud de la parte el Tribunal tendría fundamentos de sobra para encontrar como innecesario o inapropiado el conceder la 'interpretación' requerida"*¹.
- b) En el mismo sentido, con relación a las reglas de Arbitraje de UNCITRAL, que inspiran el marco legal peruano, se señala que *"durante la redacción de las Reglas de Uncitral (...) se consideró reemplazar la palabra 'interpretación' por 'aclaración' o por 'explicación'. Sin embargo, en la versión final de las Reglas se mantuvo el término 'interpretación'. La historia legislativa de las Reglas de UNCITRAL indica que el término 'interpretación' tuvo la intención de referirse a la aclaración de la parte dispositiva del laudo. El Tribunal puede ser requerido para clarificar el propósito del laudo y las obligaciones y derechos resultantes para las partes, pero no para volver a visitar o reelaborar las razones del laudo"*². En

¹ Traducción libre del siguiente texto: *"The purpose of the provision is to permit clarification of an award so as to permit its correct execution (as, for instance, if there would appear to be conflicting commands in the operative sections of the award). It is not to be used to require the tribunal to explain, or to reformulate, its reasons. It does not provide an occasion for the reconsideration by the tribunal of its decision. Should this be the basis of the party's application the tribunal will be quite justified in finding it unnecessary or inappropriate to render the requested 'interpretation'".* W. LAURENCE CRAIG, WILLIAM W. PARK & JAN PAULSSON, "International Chamber of Commerce Arbitration". Oceana Publications Inc., 3ra. Ed., 2000, Pág. 408. (Párrafo citado en diversos laudos publicados en la web del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado - OSCE www.osce.gob.pe)

² Traducción libre del siguiente texto: *"During the drafting of the UNCITRAL Rules the Working Party considered replacing the word 'interpretation' with 'clarification' or 'explanation'. However in the final version of the Rules 'interpretation' was retained. The legislative history of the UNCITRAL Rules indicates that the term 'interpretation' was intended to refer to clarification of the dispositive part of the award. The tribunal can be*

consecuencia, a través de una solicitud de interpretación (o aclaración) no es posible pretender la alteración del contenido o fundamentos de la decisión contenida en el laudo, toda vez que dicha solicitud no tiene ni puede tener naturaleza impugnatoria; de lo cual se colige que una solicitud de interpretación (o aclaración) cuando esté referida a la contradicción de los fundamentos, a la evaluación de las pruebas o al razonamiento del laudo, orientados en esencia al cuestionamiento de fondo de lo decidido, deberá ser necesariamente declarado improcedente.

2.2. Del visto de la solicitud de interpretación de laudo, la MUNICIPALIDAD hace referencia al literal c) del punto resolutivo Tercero, en cuanto declara fundada la demanda respecto a la Primera Pretensión condicionada y que corresponde que la MUNICIPALIDAD pague a COESTI la suma de S/ 23 697,82 correspondiente al saldo de la Factura N° 548238 más los intereses generados y que se generen hasta su total cancelación, y la suma de S/ 5 000,00 por concepto de indemnización de daños y perjuicios. Para lo cual, en el párrafo Tercero de su solicitud, la MUNICIPALIDAD señala que, estando el Contrato bajo al sistema de contratación (precios unitarios) "(...) no tiene obligación de requerir la ejecución del íntegro de las cantidades del servicio previstas en el contrato, sino que debe requerir la cantidad de prestaciones necesarias para satisfacer su necesidad que dio origen a la contratación (...)". Con base a ello, la MUNICIPALIDAD solicita la interpretación de laudo a efectos que se incorpore dentro de su análisis y en la parte resolutive, el sustento técnico y jurídico por el cual se declara fundada la primera pretensión condicionada, en cuanto establece "(...) un supuesto incumplimiento contractual que da mérito a una indemnización (...)".

2.3. En este contexto, el Árbitro Único, atendiendo a la necesidad de desvirtuar la posible oscuridad, imprecisión o punto dudoso en la parte decisoria del Laudo o en su fundamentación que requiera interpretación o aclaración, y a fin de dar seguridad a las partes en lo decidido en esta vía arbitral, considera necesario hacer referencia al Considerando Décimo Segundo del Laudo, en especial, el numeral 12.8, del cual se desvirtúan las alegaciones de la MUNICIPALIDAD para solicitar la integración del referido Laudo, toda vez que el Contrato de Suministro fue resuelto por incumplimiento de la MUNICIPALIDAD, resolución que quedó consentida al no haber sido impugnada en sede arbitral, hecho que genera la obligación de indemnizar, conforme a lo dispuesto en el artículo 44 de la Ley de Contrataciones del Estado, y debidamente precisado en el numeral 14.2 del Laudo. Téngase presente el literal a) del punto resolutive Tercero del Laudo (por cierto, no cuestionado por la MUNICIPALIDAD), en cuanto declara válida y eficaz la resolución contractual ejercida por COESTI.

2.4. Siendo así, se puede colegir que la solicitud de interpretación formulada por la MUNICIPALIDAD constituye un cuestionamiento a las razones y fundamentos por los cuales el Árbitro Único resolvió las pretensiones planteadas en el proceso. Sobre ello, tal conforme se ha señalado en el marco conceptual antes descrito sobre la interpretación de laudo, no es procedente recurrir a dicha figura para cuestionar el razonamiento lógico jurídico expresado en la parte considerativa del laudo; toda vez que lo único que procede interpretar o aclarar, de acuerdo con la Ley de Arbitraje, es la parte resolutive del laudo (parte decisoria) y, sólo como excepción, la parte considerativa en cuando influya en ella; razón por la cual, si por medio de un pedido de interpretación se pretende lograr la revisión o reconsideración de la evaluación de las pruebas o del razonamiento por el cual el Árbitro Único emitió su decisión final en el laudo, el pedido debe ser desestimado.

requested to clarify 'the purpose of the award and the resultant obligations and rights of the parties' but not to revisit or elaborate upon the reasons for the award" David A.R. WILLIAMS & Amy BUCHANAN. Correction and Interpretation of Awards Under Article 33 of the Model Law En International Arbitration Law Review, Vol 4, No 4 2001 p.121. . (Párrafo citado en diversos laudos publicados en la web del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado - OSCE www.osce.gob.pe)

2.5. El Árbitro Único considera que el pedido de interpretación formulado por la MUNICIPALIDAD expresa en realidad, su desacuerdo con lo resuelto en el Laudo, y no está dirigido a acreditar la existencia de algún extremo dudoso u oscuro del mandato contenido en la parte resolutive del laudo que pueda impedir su correcta ejecución, sino, más bien, se orienta a que el Árbitro Único entre al análisis de aspectos de la ejecución contractual que no fueron materia del presente arbitraje, más aun cuando la resolución del Contrato de Suministro quedó consentida al no haber sido impugnada en sede arbitral por la MUNICIPALIDAD. Siendo así, la solicitud de interpretación deviene en improcedente.

De la integración del laudo

2.6. De conformidad con lo establecido en el literal c) del numeral 1 del artículo 58° de la Ley de Arbitraje, *"cualquiera de las partes puede solicitar la integración del laudo por haberse omitido resolver cualquier extremo de la controversia sometida a conocimiento y decisión del tribunal arbitral"*, de cuyo contenido se desprende, conforme lo considera la doctrina, que la integración *"... sólo se aplica a peticiones concretas hechas oportunamente por las partes dentro del procedimiento arbitral y que hayan sido ignoradas en el laudo"*³. De ello se advierte que la integración tiene como objetivo y finalidad subsanar las omisiones del laudo arbitral al no haber resuelto alguno de los puntos materia de la controversia, es decir, cuando el Tribunal Arbitral o el Árbitro Único no hayan resuelto alguna de las pretensiones planteadas.

2.7. Conforme se ha señalado, la integración de laudo procede en el caso de haberse omitido resolver cualquier extremo de la controversia sometida a conocimiento y decisión del Árbitro Único o Tribunal Arbitral, es decir, respecto a peticiones concretas hechas oportunamente por las partes dentro del procedimiento arbitral y que hayan sido materia de pronunciamiento expreso en laudo. Sin embargo, del contenido de la solicitud de la MUNICIPALIDAD, no se identifica o se precisa cuáles son esos extremos de la controversia sometidos a conocimiento del Árbitro Único, que no hayan sido resueltos por éste, y que constituirían el elemento indispensable para proceder a la integración del laudo.

2.8. Estando a que la integración tiene como objetivo y finalidad subsanar las omisiones del laudo arbitral al no haber resuelto alguno de los puntos materia de la controversia, es decir, cuando el Árbitro Único no haya resuelto alguna de las pretensiones planteadas, y no habiéndose configurado dicho supuesto, corresponde declarar IMPROCEDENTE la solicitud de integración de laudo.

TERCERO.- DE LA SOLICITUD DE EXCLUSIÓN DE LAUDO.

3.1. De conformidad con lo establecido en el literal d) del numeral 1 del artículo 58° de la Ley de Arbitraje, *"cualquiera de las partes puede solicitar la exclusión del laudo de algún extremo que hubiera sido objeto de pronunciamiento, sin que estuviera sometido a conocimiento y decisión del tribunal arbitral o que no sea susceptible de arbitraje"*. Del contenido de dicho dispositivo, se desprende que sólo procederá recurrir a la exclusión, cuando en el Laudo se haya resuelto sobre materia no sometida por las partes al arbitraje (extra petita) o cuando la materia que haya sido resuelta en el Laudo no puede ser sometida a arbitraje.

3.2. La MUNICIPALIDAD solicita excluir del laudo, la orden para que pague a COESTI la suma de S/ 23 697,82 correspondiente al valor de la Factura N° 548238 *"(...) toda vez que el pago de los bienes entregados en estricto corresponde a un título distinto al de los daños y perjuicios (...)"* y

³ MANTILLA SERRANO, Fernando. Ley de Arbitraje. IUSTEL, Madrid, 2005, p. 225

Árbitro Único: Walter A. Palomino Cabezas

sostiene que el pedido de pago de la contraprestación derivada de la ejecución del contrato "(...) *no forma parte de las pretensiones del Contratista (...)*" y que por ello, constituiría un pronunciamiento *extra petita*, pues COESTI jamás solicitó el pago del saldo de la factura.

3.3. Conforme lo reconoce la propia MUNICIPALIDAD en el párrafo Primero de su solicitud, la primera pretensión condicionada al amparo de cualquiera de las pretensiones, contenida en la demanda arbitral de COESTI, plantea: "(...) *se condene a la Municipalidad, como efecto de la resolución, al pago de Treinta Mil soles (S/.30,000.00) por los daños y perjuicios ocasionados al Contratista; o bien la suma que se considere aplicable por criterio de equidad (...)*"; de lo cual se colige que sí constituye un pedido concreto de la demanda, el pago que debe efectuar la MUNICIPALIDAD a COESTI, como indemnización derivada de la resolución del contrato; lo que constituye sustento suficiente para desestimar la solicitud de exclusión.

3.4. Sobre el monto que corresponde pagar a la MUNICIPALIDAD por concepto de daños y perjuicios, es pertinente remitirse al numeral 14.7 del Laudo, del cual se desprende, sin lugar a dudas, que se ha optado por establecer "(...) *la suma que se considera aplicable por criterio de equidad (...)*", que está constituida, a criterios de este Árbitro Único, por S/ 23 697,82 que es el monto de la Factura pendiente de pago (monto deudor que, por cierto, tampoco ha sido cuestionado por la MUNICIPALIDAD) más la suma de S/ 5 000,00 por concepto de daños y perjuicios, todo ello, con base a lo establecido en el artículo 1332 del Código Civil⁴. Razones por las cuales cabe declarar infundada la solicitud de exclusión de laudo.


QUINTO. DECISIÓN.-

Habiéndose analizado y evaluado la solicitud de interpretación, integración y exclusión de Laudo formulada por la MUNICIPALIDAD, siendo el estado del presente proceso arbitral, corresponde emitir resolución respecto a la indicada solicitud:

SE RESUELVE:

1. Declarar **IMPROCEDENTE** la solicitud de interpretación e integración de laudo arbitral formulada por la MUNICIPALIDAD, con base a lo expuesto en el Considerando Segundo de la presente resolución.
2. Declarar **INFUNDADA** la solicitud de exclusión de laudo arbitral formulada por la MUNICIPALIDAD, con base a lo expuesto en el Considerando Tercero de la presente resolución.

Notifíquese a las partes.


Walter Alfredo Palomino Cabezas
Árbitro Único

⁴ Si el resarcimiento del daño no pudiera ser probado en su monto preciso, deberá fijarlo el juez con valoración equitativa