

LAUDO ARBITRAL DE DERECHO

Demandante:

CONSORCIO RÍMAC

En adelante El Contratista, el Consorcio o El Demandante

Demandado:

MUNICIPALIDAD DISTRITAL DEL RÍMAC

En adelante la Entidad, la Municipalidad o el Demandado.

Árbitro Único:

Dr. Patrick Hurtado Tueros

Secretario Arbitral:

Marco Antonio Paz Polo

Lima, 23 de noviembre de 2017

RESOLUCIÓN N° 11

Lima, 23 de noviembre del dos mil diecisiete.-

VISTOS:

I. ANTECEDENTES

1. EXISTENCIA DE UN CONVENIO ARBITRAL.

Con fecha 29 de diciembre de 2015, las partes suscribieron el Contrato N° 004-2015/MDR, derivado del Concurso Público N° 02-2015-CE-MDR para la ejecución del servicio denominado: "Contratación del Servicio de Eliminación de Desmonte en el distrito de Rímac" (en adelante, El Contrato).

En la CLÁUSULA DÉCIMO SÉTIMA, se estipulo que:

"Cualquiera de las partes tiene el derecho a iniciar el arbitraje administrativo a fin de resolver las controversias que se presenten durante la etapa de ejecución contractual dentro del plazo de caducidad previsto en los artículos 144°, 170°, 175°, 176°, 177° y 181° del Reglamento o, en su defecto, en el artículo 52° de la Ley."

2. INSTALACIÓN DEL ÁRBITRO UNICO.

Con fecha 19 de enero de 2017, se realizó la Instalación del Árbitro Único, siendo que en dicha oportunidad, el Árbitro se ratificó en señalar que no tiene ningún tipo de incompatibilidad con las partes y que se desenvolverá con imparcialidad, independencia y probidad en el procedimiento arbitral.

3. NORMATIVIDAD APLICABLE AL ARBITRAJE.

Se estableció que el presente arbitraje se regirá de acuerdo a las reglas procesales establecidas por las partes, la Ley de

Contrataciones el Estado – aprobado por el Decreto Legislativo N° 1017 y, modificada por la Ley N° 29873, el Reglamento, aprobado por el Decreto Supremo N° 184-2008-EF y sus modificaciones aprobadas por el Decreto Supremo N° 138-2012-EF, respectivamente (en adelante, la Ley y su Reglamento). Supletoriamente, se rige bajo las normas procesales contenidas en el Decreto Legislativo N° 1071.

Sin perjuicio de ello, también se estableció que, en caso de deficiencia o vacío existente en las reglas que anteceden, el Árbitro Único queda facultado para suplirlas a su discreción, mediante la aplicación de principios generales del derecho.

II. EL PROCESO ARBITRAL:

II.1 LA DEMANDA

Con fecha 9 de febrero de 2017, el Consorcio presentó su escrito de demanda. En ese sentido, la demanda fue planteada en los siguientes términos:

PETITORIO

El Consorcio formuló las siguientes pretensiones:

1. Que, el Árbitro ordene, emitan la conformidad de servicio por el total del servicio prestado por el contrato mencionado, toda vez que el servicio fue cumplido a cabalidad y sin observaciones como indica en el Art. 176 del RLCE, asimismo emita la constancia de Prestación de servicios, sin penalidades de acuerdo al art. 178 del RLCE.
2. Que, el Árbitro ordene que la entidad cancele al Consorcio el 100% del saldo de los trabajos realizados en cumplimiento al contrato N° 04-2015/MDR, celebrado entre la Municipalidad Distrital del Rímac y

mi representada, monto ascendente a la fecha, a la suma de s/. 186,267.62 (ciento ochenta y seis mil doscientos sesenta y siete 62/100 soles) más interés y gastos ocasionados por la demora de pago.

3. Que, el Árbitro ordene, que la Municipalidad Distrital del Rímac, asuma las costas y costos del proceso arbitral, asimismo, del daño económico ocasionado al Consorcio en cumplimiento al Artículo 170 del RLCE.
4. Que, el Árbitro ordene el pago de indemnización por el perjuicio económico y daños ocasionados a mi representada por el monto de s/. 80,000.00 (ochenta mil con 00/100 soles).

ANTECEDENTES:

1. Que, con fecha 24 de Marzo del 2015, el Comité Especial, adjudicó la Buena Pro del Concurso Público N° 02-2015-CE-MDR para la ejecución del servicio "Contratación Del Servicio De Eliminación De Desmonte En El Distrito Del Rímac", al CONSORCIO RIMAC.
2. Que, con fecha 24 de Abril del 2015, se suscribió el Contrato N° 004-2015/MDR.
3. Que, con fecha 25 de abril del 2015 y en cumplimiento al Contrato, el Consorcio inició con los trabajos para el cual fue contratado.
4. Que, con fecha 15 de mayo del 2015, el Gerente de Limpieza Pública emitió la primera Conformidad del Servicio desde el 25 al 30 de abril del 2015, el mismo que habría sido recibido por el área de Logística el 15 de mayo del 2015.
5. Que, con fecha 20 de mayo del 2015, el Gerente de Limpieza Pública emitió la segunda Conformidad del Servicio desde el 01 al 15 de

mayo del 2015, el mismo que habría sido recibido por el área de Logística el 20 de mayo del 2015.

6. Que, con fecha 02 de junio del 2015, el Gerente de Limpieza Pública emitió la tercera Conformidad del Servicio desde el 16 al 31 de mayo del 2015, el mismo que habría sido recibido por el área de Logística el 02 de junio del 2015.
7. Que, con fecha 16 de junio del 2015, el Gerente de Limpieza Pública emitió la cuarta Conformidad del Servicio desde el 01 al 15 de junio del 2015, el mismo que habría sido recibido por el área de Logística el 16 de junio del 2015.
8. Que, con fecha 01 de julio del 2015, el Gerente de Limpieza Pública emitió la quinta Conformidad del Servicio desde el 16 al 30 de junio del 2015, el mismo que habría sido recibido por el área de Logística el 02 de julio del 2015.
9. Que, con fecha 15 de julio del 2015, el Gerente de Limpieza Pública emitió la sexta Conformidad del Servicio desde el 01 al 15 de julio del 2015, el mismo que habría sido recibido por el área de Logística el 16 de julio del 2015.
10. Que, con fecha 03 de agosto del 2015, el Gerente de Limpieza Pública emitió la séptima Conformidad del Servicio desde el 16 al 31 de julio del 2015, el mismo que habría sido recibido por el área de Logística el 11 de agosto del 2015.
11. Que, con fecha 17 de agosto del 2015, el Gerente de Limpieza Pública emitió la octava Conformidad del Servicio desde el 01 al 15 de agosto del 2015, el mismo que habría sido recibido por el área de Logística el 17 de agosto del 2015.
12. Que, con fecha 02 de setiembre del 2015, el Gerente de Limpieza Pública emitió la novena Conformidad del Servicio desde el 16 al 31

de agosto del 2015, el mismo que habría sido recibido por el área de Logística el 04 de setiembre del 2015.

13. Que, con fecha 18 de setiembre del 2015, el Gerente de Servicios a la Ciudad emitió la décima Conformidad del Servicio desde el 01 al 15 de setiembre del 2015, el mismo que habría sido recibido por el área de Logística el 21 de setiembre del 2015.
14. Que, con fecha 05 de octubre del 2015, el Gerente de Servicios a la Ciudad emitió la décimo primera Conformidad del Servicio desde el 16 al 30 de setiembre del 2015, el mismo que habría sido recibido por el área de Logística el 07 de octubre del 2015.
15. Que, con fecha 16 de diciembre del 2015, el Gerente de Servicios a la Ciudad emitió la décimo segunda Conformidad del Servicio desde el 01 al 15 de octubre del 2015, el mismo que habría sido recibido por el área de Logística el 16 de diciembre del 2015.
16. Que, con fecha 16 de diciembre del 2015, el Gerente de Servicios a la Ciudad emitió la décimo tercera Conformidad del Servicio desde el 16 al 31 de octubre del 2015, el mismo que habría sido recibido por el área de Logística el 16 de diciembre del 2015.
17. Que, con fecha 16 de diciembre del 2015, el Gerente de Servicios a la Ciudad emitió la décimo cuarta Conformidad del Servicio desde el 01 al 15 de noviembre del 2015, el mismo que habría sido recibido por el área de Logística el 22 de diciembre del 2015.
18. Que, con fecha 21 de diciembre del 2015, el Gerente de Servicios a la Ciudad emitió la décimo quinta Conformidad del Servicio desde el 16 al 30 de noviembre del 2015, el mismo que habría sido recibido por el área de Logística el 22 de diciembre del 2015.
19. Que, con fecha 26 de diciembre del 2015, el Gerente de Servicios a la Ciudad emitió la décimo sexta Conformidad del Servicio desde el 01

al 15 de diciembre del 2015, el mismo que habría sido recibido por el área de Logística el 28 de diciembre del 2015.

20. Que, con fecha 06 de enero del 2016 el Gerente de Servicios a la Ciudad emitió la décimo séptima Conformidad del Servicio desde el 16 al 31 de diciembre del 2015, el mismo que habría sido recibido por el área de Logística el 08 de febrero del 2016.
21. Que, con fecha 12 de enero del 2016 el Gerente de Servicios a La Ciudad emitió la décimo octava Conformidad del Servicio desde el 03 al 07 de enero del 2016, el mismo que habría sido recibido por el área de Logística el 15 de enero del 2016. Con este último el Consorcio cumplió con el 100% de las toneladas métricas contratadas.
22. Que, el 05 de enero del 2016 y a punto de terminar la eliminación de las toneladas métricas contratadas, el Consorcio cumplió con presentar a la Municipalidad, la CARTA N. 002-2016/CONSORCIO RIMAC, informando tal hecho, mencionando además del Art. 174 del RLCE, Adicionales y Reducciones. El Consorcio nunca tuvo respuesta.
23. Que, el 07 de enero del 2016, ingresó la CARTA N. 003-2016/CONSORCIO RIMAC, haciendo de conocimiento que el contrato culminó y haciendo saber del saldo que aun restaba por pagar al Consorcio.
24. Que, el 03 de marzo y mediante Carta N. 005-2016/Consortio/Rímac se requirió el cumplimiento obligatorio de pagos, el mismo que nunca habría sido respondido.
25. Que, con fecha 25 de mayo del 2016 el Consorcio cumplió con hacer invitación a arbitraje.

FUNDAMENTOS DE HECHO

En cuanto a la procedencia del Arbitraje:

1. *Prima facie*, el Consorcio justificó la vigencia y procedencia legal del arbitraje planteado contra la Municipalidad Distrital del Rímac, en función a las controversias generadas con motivo de la suscripción del CONTRATO, de fecha 24 de Abril del 2015; en tal virtud, la principal pretensión vendría a ser el tema del trámite de un pedido de pago de las valorizaciones restantes; ergo, como se explicó en el numeral dedicado a los antecedentes de la presente controversia nació ante la negativa de la entidad de tramitar los pagos correspondientes a sabiendas del daño ocasionado al recurrente con motivo de la suscripción del contrato descrito *ut supra*, siendo así, explicó que el desmedro económico sufrido por parte del patrimonio del "Consorcio Rímac", por causa del incumplimiento del mencionado contrato, la misma que a través del vínculo contractual mencionado, se ha beneficiado ilegítimamente a costa del detrimento patrimonial del contratista; y bajo la premisa que el enriquecimiento injustificado o sin causa se consagra como un principio general del derecho donde nadie puede enriquecerse a expensas del patrimonio de otro, sin ningún motivo legítimo pretendemos justificar este arbitraje.
2. En segundo lugar, mencionó que, de conformidad con el Art 52 de la Ley De Contrataciones Del Estado DL N° 1017, *ad literam* menciona: "Solución de controversias: Las controversias que surjan entre las partes sobre la ejecución, interpretación, resolución, inexistencia, ineficacia, nulidad o invalidez del contrato, se resolverán mediante conciliación o arbitraje, según el acuerdo de las partes, debiendo solicitarse el inicio de estos procedimientos en cualquier momento anterior a la fecha de culminación del contrato, considerada ésta de manera independiente. Este plazo es de caducidad, salvo para los reclamos que formulen las Entidades por vicios ocultos en los bienes, servicios y obras entregados por el contratista, en cuyo caso, el plazo de caducidad será el que se fije en función del artículo 50º de la presente norma, y se computará a partir de la conformidad otorgada

por la Entidad." Se tiene entonces, que el procedimiento idóneo para desvirtuar controversias es LA VIA CONCILIATORIA O LA ARBITRAL; en ese ínterin, y a mayor ahondamiento, la Ley de Contrataciones y del Estado como su Reglamento han establecido lo siguiente "cualquiera de las partes tiene el derecho a iniciar el arbitraje administrativo dentro del plazo de caducidad previsto en los artículos 144, 170, 175, 177, 199, 201, 209, 210 y 211 o, en su defecto, en el artículo 52 de la Ley" (Art. 115 del Reglamento); artículo que, en conjunta interpretación con el mencionado anteriormente, nos remite necesariamente al artículo 42 de la Ley de Contrataciones del Estado, norma que establece los límites de la vigencia contractual, señalando en su Artículo 42 que: "Culminación del contrato: Los contratos de bienes y servicios culminan con la conformidad de recepción de la última prestación pactada y el pago correspondiente...**Tratándose de contratos de bienes y servicios culminan con la conformidad de recepción de la última prestación pactada y el pago correspondiente...**El expediente de contratación se cerrará con la culminación del contrato"

3. Consecuentemente, se tendría una aparente divergencia entre lo que menciona la ley y lo que regula el reglamento, es decir, el plazo de caducidad contemplado en el reglamento sería menor al que se encuentra dispuesto en su ley, puesto que una controversia generada, podría según la ley, ser planteada hasta antes de la culminación del contrato (hasta antes del pago final), mientras que el reglamento establece un plazo de caducidad para cada supuesto; empero, y por cuestión de orden invocamos la concurrencia del artículo 2004 del Código Civil peruano, el mismo que establece taxativamente que: "los plazos de caducidad los fija la ley sin admitir pacto en contrario"; ergo, consideramos que el plazo de caducidad contemplado en el Reglamento es incorrecto o en su defecto solo referencial, toda vez que estos plazos se encuentran regulados en el Código Civil, no siendo posible establecerlos a través de normas de

inferior jerarquía como un decreto supremo, lo que dejaría o crearía indefensión al interesado al recortársele el derecho de acceso a la justicia, consecuentemente se encontraría habilitado el derecho del consorcio de arbitrar, puesto a que el expediente de contratación aludido aún no se encontraría cerrado; empero, el Consorcio cree que es una cuestión de interpretación procesal. Entonces comprobado que dicho derecho aun no caducado, quiere justificar el trámite del pago por la ejecución del servicio y como se encuentra definida en la Ley es arbitrable dentro del contexto de las Contrataciones Del Estado (lo que al final sería la pretensión principal); siendo así, nuevamente recurre al artículo 52 de la Ley de Contrataciones del Estado, donde el citado artículo contempla un *Numerus Clausus* de materias arbitrables, las cuales son: las controversias relativas a la **ejecución** (ya en esta etapa se ha configurado nuestro desmedro económico siendo el único beneficiado la Municipalidad Distrital del Rímac), interpretación, resolución, inexistencia, ineficacia, nulidad o invalidez del contrato; por otro lado, y con la finalidad de darle el marco normativo a la pretensión, el DL 1071, Ley General de Arbitraje establece en su Art. 2 Inc. 1. "pueden someterse a arbitraje las controversias **sobre materias de libre disposición** conforme a derecho, así como aquellas que la ley o los tratados o acuerdos internacionales autoricen que pueden someterse a arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición".

4. Del mismo modo el Art. 13 Inc. 1 del mismo cuerpo legal menciona:
"TÍTULO II, CONVENIO ARBITRAL Artículo 13.- Contenido y forma del convenio arbitral:

- a. El convenio arbitral es un acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje **todas las controversias o ciertas controversias** que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica contractual o de otra Naturaleza.

b. *El convenio arbitral deberá constar por escrito. Podrá adoptar la forma de una cláusula incluida en un contrato o la forma de un acuerdo independiente."*

5. Siendo así, la pretensión se convertiría en materia susceptible de arbitrar, puesto que posee cualidades de LIBRE DISPOSICION, y que además al ser de libre disposición, su conformación necesariamente sería económica o patrimonial.
6. Y para terminar analizó la cláusula de solución de controversias contenida en el **Contrato**, correspondiente a la ejecución del servicio **"Contratación Del Servicio De Eliminación De Desmonte En El Distrito Del Rímac"**.

CLAUSULA DECIMO SÉTIMA.- SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

Cualquiera de las partes tiene derecho de iniciar el arbitraje administrativo a fin de resolver las controversias, que se presenten durante la etapa de ejecución contractual dentro del plazo de caducidad previsto en los artículos 144°, 170°, 175°, 177° Y 181° del Reglamento o en su defecto en el art. 52° de la Ley.

Facultativamente, cualquiera de las partes podrá someter a conciliación la referida controversia, sin perjuicio de recurrir al arbitraje en caso no se llegue a un acuerdo entre ambas, según lo señalado en el art. 214° del Reglamento de la Ley De Contrataciones Del Estado.

El Laudo Arbitral es definitivo e inapelable, tiene valor de cosa juzgada y se ejecuta como sentencia.

En Cuanto Al Cumplimiento De La Obligación:

1. Que, como se habría explicado, en los antecedentes de la demanda, con fecha 24 de Abril del 2015, se suscribió Contrato N° 004-

2015/MDR, a efectos de futuro servicio "CONTRATACION DEL SERVICIO DE ELIMINACION DE DESMONTE EN EL DISTRITO DEL RÍMAC", considerándose una contraprestación económica de S/. 508,200.00 (Quinientos Ocho Mil Doscientos con 00/100 Soles) por el servicio a brindarse, y otorgándosele el plazo máximo contractual de 365 días calendarios o 13,200 metros cúbicos de eliminación (según términos de referencia); por parte del Consorcio habría cumplido con el contrato hasta donde le fue posible, y la entidad representada por su alcalde ENRIQUE ARMANDO PERAMAS DIAZ, incumplieron con el Contrato en mención.

2. Cabe mencionar que el Consorcio, quincena a quincena habría recibido las Conformidades del área usuaria, con el cual se tramitaron los pagos.

En Cuanto a que la Entidad Emita la Conformidad del Servicio por el total del Servicio Cumplido (Primera Pretensión)

1. Habiendo justificado que el Consorcio cumplió con el contrato y habiendo realizado el 100% del servicio, solicita la emisión de la conformidad del Servicio.

En Cuanto a que la Entidad Cancele el 100% del saldo de los trabajos Realizados.: (Segunda Pretensión)

1. Que habiendo presentado las pruebas fehacientes de que el trabajo fue cumplido a cabalidad y la entidad no cumplió con hacer el pago de las valorizaciones presentadas en su oportunidad y el área usuaria habiendo emitido su Conformidad de Servicio y no teniendo la entidad justificación de pago, solicita que se cancele el monto restante correspondiente a las valorizaciones como a continuación se detalló: valorización número 10, por el monto de S/. 47,117.84; valorización 11 por el monto S/. 23,301.74; valorización 12 por el monto de S/. 21,046.41; valorización 13 por el monto de S/.

27,860.14; valorización 14 por el monto de S/. 17,132.12, valorización 15 por el monto de S/. 5,183.64; valorización 16 por el monto de S/. 21,218.12; valorización 17 por el monto de S/. 16,827.20 y valorización 18 por el monto de S/. 6,580.42, haciendo un total de S/. 186,267.62 (ciento ochenta y seis mil doscientos sesenta y siete con 62/100 soles).

En Cuanto a que la entidad asuma las costas y costos del proceso arbitral: (TERCERA PRETENSIÓN)

1. En cumplimiento al Artículo 170 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, se solicita que la Entidad reconozca la respectiva indemnización por los daños y perjuicios irrogados, bajo responsabilidad del titular de la entidad.

En Cuanto a La Indemnización Por el Perjuicio económico: (CUARTA PRETENSIÓN)

1. En cuanto a la obligación de LA MUNICIPALIDAD DISTRITAL DEL RIMAC de indemnizar a la recurrente por los daños y perjuicios económicos hasta por la suma de S/. 80,000.00 (ochenta mil con 00/100 nuevos soles), que ha ocasionado con motivo de su actuar culposo, manifestó que solo se estaría considerando el **DAÑO EMERGENTE** más no el lucro cesante, con lo cual demostraría la buena fe que el Consorcio siempre habría tenido para con la demandada, la misma que tiene el siguiente detalle:
 - a. El Consorcio, suscribió un contrato de asesoría legal con el estudio jurídico "ESPINOZA - RODRIGUEZ ASOCIADOS" de la ciudad de Lima, cuyo representante es el Abogado Ángel Antonio Espinoza Trelles, especialista en contrataciones estatales, cuyo despacho se encuentra en la ciudad descrita; contando con su asesoría desde el 05 de Enero del 2016, siendo el monto contractual por concepto de asesoría legal del

presente caso, la suma de S/. 30,000.00 (TREINTA MIL CON 00/100 SOLES) incluidos los impuestos de ley, monto que se justifica debido a la especialidad del servicio brindado; 2.- Se debe considerar el monto del costo de administración del presente proceso arbitral ascendente a la suma de S/. 10,000.00 (DIEZ MIL CON 00/100 SOLES), montos que deberán ser evaluados y admitidos por vuestro despacho para su imposición de pago a la demandada, ya que su negligencia ha provocado en el contratista el presente procedimiento, por lo que solicitó la aplicación del criterio de sanción a la parte que con dolo y evidente mala fe rehúsa a ceder posiciones contractuales.

- b. Asimismo, la cobranza por parte del Consorcio es por el trabajo de volquetes, el mismo que por hacer trabajos en la Municipalidad del Rímac dejó de realizar trabajos en la obra ejecutada por uno de los integrantes del Consorcio en la Municipalidad Distrital de San Borja, por lo que causó perjuicio económico a mi representada por un monto de S/. 40,000.00 en alquiler de otros volquetes.

II.2 CONTESTACIÓN DE DEMANDA Y FORMULA RECONVENCIÓN

Se deja constancia que la parte Demandada, no presentó su escrito de contestación de demanda, ni mucho menos formulo reconvención a pesar de ser notificado con la Resolución N°1 de fecha 14 de febrero de 2017, mediante la cual se admite y corre traslado de la demanda; sin embargo dicha omisión no debe considerarse como una aceptación de las alegaciones del demandante.

II.3 AUDIENCIA DE FIJACION DE PUNTOS CONTROVERTIDOS Y ADMISION DE MEDIOS PROBATORIOS

Mediante Resolución Nº 5 de fecha 13 de marzo de 2017, se citó a las partes a la respectiva Audiencia de Fijación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios para el día martes 26 de enero de 2017 a las 4:00 p.m.

En la fecha y hora programada, se llevó acabo la diligencia; dejándose constancia de la inasistencia de los representantes de ambas partes, en el siguiente orden:

II.3.1 DETERMINACIÓN DE PUNTOS CONTROVERTIDOS:

De conformidad con lo establecido en el numeral 31) del Acta de Instalación, el Árbitro Único procedió a fijar como puntos controvertidos los siguientes:

1. Determinar si corresponde o no que el Árbitro Único declare la conformidad de servicio por el total del servicio prestado por el contrato materia del proceso, toda vez que el servicio habría sido cumplido a cabalidad y sin observaciones; asimismo, si corresponde que se emita la constancia de prestación de servicios, sin penalidades, de acuerdo al art. 178 del Reglamento de Ley de Contrataciones con el Estado.
2. Determinar si corresponde o no que el Árbitro Único ordene a la Entidad cancelar al Consorcio el 100% del saldo de los trabajos realizados en cumplimiento al Contrato N. 04-2015/MDR, cuyo monto ascendería a la fecha de presentación de demanda, a la suma de s/. 186,267.62, más interés y gastos ocasionados por la demora de pago.
3. Determinar si corresponde o no que el Árbitro Único ordene a la Entidad que realice el pago de indemnización por el perjuicio económico y daños que habrían sido ocasionados al Consorcio, por el monto de s/. 80,000.00.

4. Determinar a quién y en qué proporción corresponde el pago de las costas y costos arbitrales originados con la tramitación del presente arbitraje.

II.3.2 ADMISIÓN DE MEDIOS PROBATORIOS:

Seguidamente, el Árbitro Único procedió a admitir los siguientes medios probatorios:

Se admitieron los medios probatorios ofrecidos por el Consorcio Rímac en su escrito de demanda presentado el 9 de febrero de 2017, incluido en el acápite "4. MEDIOS PROBATORIOS" de dicho escrito.

Por otro lado, se dejó constancia de que a pesar de ser notificado con la Resolución N° 1 de fecha 10 de enero de 2012, en la que se admite y corre traslado de la demanda, la Municipalidad no ejerció su derecho a pronunciarse sobre dicho documento; sin embargo, dicha omisión no debe considerarse como una aceptación de las alegaciones del demandante.

II.4 ALEGATOS, AUDIENCIA DE INFORMES ORALES, CIERRE DE LA INSTRUCCIÓN Y PLAZO PARA LAUDAR

Mediante Resolución N° 7 de fecha 14 de julio de 2017, se concedió a las partes un plazo de cinco (5) días hábiles de notificadas, a fin de que presenten sus alegatos y conclusiones finales por escrito, pudiendo solicitar el uso de la palabra para una Audiencia de Informe Oral.

Por otro lado, mediante Resolución N° 8 de fecha 3 de agosto de 2017, se dejó constancia que las partes no ejercieron su derecho de presentar sus alegatos y conclusiones finales. Asimismo, se resolvió citar a las partes a la Audiencia de Informes Orales para el 15 de agosto de 2017 a las 4:00 p.m.

En la fecha y hora programada, se llevó acabo la diligencia; dejándose constancia de la inasistencia de los representantes de ambas partes.

Habiéndose declarado el cierre de la instrucción mediante Resolución N° 9 de fecha 29 de agosto de 2017, se estableció el plazo para laudar en treinta (30) días hábiles, prorrogables por treinta (30) días hábiles adicionales.

Mediante Resolución N°10 de fecha 10 de octubre de 2017, se procedió a prorrogar el plazo por treinta (30) días hábiles adicionales.

CONSIDERANDO

I. CUESTIONES PRELIMINARES:

Antes de entrar a considerar la materia controvertida, corresponde confirmar lo siguiente:

1. El Árbitro Único se constituyó de conformidad con lo establecido en el convenio arbitral suscrito entre las partes, así como al amparo de la normativa vigente.
2. La designación y aceptación del Árbitro Único se ajustó a las exigencias previstas en la ley de la materia.
3. El Demandante presentó su demanda dentro de los plazos dispuestos. Asimismo, la Demandada fue debidamente emplazada con la demanda sin ejercer su derecho de defensa, al no contestar la misma.
4. Ambas partes tuvieron plena libertad para ofrecer y actuar todos los medios probatorios que consideraran pertinentes, así como para expresar sus posiciones de hechos y de defensa sin limitación alguna, habiendo presentado además sus alegatos escritos.

5. En tal sentido, el Árbitro Único dentro del plazo establecido, procede a emitir el correspondiente laudo arbitral.

III. ANÁLISIS

FALLO

De acuerdo con lo establecido en el Acta de Audiencia de Fijación de Puntos Controvertidos de fecha 28 de marzo de 2017, en el presente caso, corresponde al Árbitro Único resolver en base a los puntos controvertidos ahí fijados.

Asimismo, siendo que el presente arbitraje es uno de derecho, corresponde al Árbitro Único pronunciarse respecto de cada uno de los puntos controvertidos teniendo en cuenta el mérito de la prueba aportada al proceso, para determinar, en base a la valoración conjunta de ellas, las consecuencias jurídicas que, de acuerdo a derecho, se derivan para las partes en función de lo que haya sido probado o no en el marco del proceso. Debe destacarse que la carga de la prueba corresponde a quien alega un determinado hecho para sustentar o justificar una determinada posición, de modo que logre crear certeza en el Árbitro Único respecto de tales hechos.

A su vez, debe tenerse en cuenta, en relación a las pruebas aportadas al arbitraje, que en aplicación del Principio de «Comunidad o Adquisición de la Prueba», las pruebas ofrecidas por las partes, desde el momento que fueron presentadas y admitidas como medios probatorios, pasaron a pertenecer al presente arbitraje y, por consiguiente, pueden ser utilizadas para acreditar hechos que incluso vayan en contra de los intereses de la parte que las ofreció. Ello concuerda con la definición de dicho principio el cual establece que:

« [...] la actividad probatoria no pertenece a quien la realiza, sino, por el contrario, se considera propia del proceso, por lo que debe tenerse en cuenta para determinar la existencia o inexistencia del hecho a que se refiere, independientemente de que beneficie o perjudique los intereses de la parte que suministró los medios de prueba o aún de la parte contraria. La prueba pertenece al proceso y no a la parte que lo propuso o lo proporcionó.»¹

En esta línea, el Árbitro Único deja constancia que al emitir el presente laudo arbitral ha valorado la totalidad de medios probatorios ofrecidos y admitidos a trámite en el proceso arbitral valiéndose de las reglas de la sana crítica o apreciación razonada, siendo que la no indicación expresa a alguno de los medios probatorios obrantes en autos o hechos relatados por las partes no significa de ningún modo que tal medio probatorio o tal hecho no haya sido valorado, por lo que el Árbitro Único deja establecido que en aquellos supuestos en los que este laudo arbitral hace referencia a algún medio probatorio o hecho en particular, lo hace atendiendo a su estrecha vinculación, trascendencia, utilidad y pertinencia que a criterio del Árbitro Único tuviere respecto de la controversia materia de análisis.

Adicionalmente, debe precisarse que, los puntos controvertidos constituyen una referencia para el análisis que debe efectuar el Árbitro Único, pudiendo en consecuencia realizar un análisis conjunto de los mismos en aquellos casos en los que se encuentren íntimamente ligados, por lo que en ese sentido, el Árbitro Único considera que el análisis debe realizarse de acuerdo a la forma siguiente:

Primer Punto Controvertido: Determinar si corresponde o no que el Árbitro Único declare la conformidad de servicio por el total del servicio prestado por el contrato materia del proceso, toda vez que el servicio habría sido cumplido a cabalidad y sin observaciones; asimismo, si corresponde

¹ Taramona Hernández, José «Medios Probatorios en el Proceso Civil». Ed. Rodhas, 1994, pág. 35.

que se emita la constancia de prestación de servicios, sin penalidades, de acuerdo al art. 178 del Reglamento de Ley de Contrataciones con el Estado.

Segundo Punto Controvertido: Determinar si corresponde o no que el Árbitro Único ordene a la Entidad cancelar al Consorcio el 100% del saldo de los trabajos realizados en cumplimiento al Contrato N. 04-2015/MDR, cuyo monto ascendería a la fecha de presentación de demanda, a la suma de s/. 186,267.62, más interés y gastos ocasionados por la demora de pago.

Tercer Punto Controvertido: Determinar si corresponde o no que el Árbitro Único ordene a la Entidad que realice el pago de indemnización por el perjuicio económico y daños que habrían sido ocasionados al Consorcio, por el monto de s/. 80,000.00.

De una lectura de las pretensiones formuladas por el Contratista, el Árbitro Único advierte que en ellas se ha requerido el pronunciamiento de una (1) controversia: (i) la recepción y conformidad del servicio efectuado por el Consorcio Rímac; derivándose de ésta el pago de la suma ascendente a s/. 186,267.62 que correspondería al saldo de los trabajos realizados en cumplimiento al Contrato, así como al pago de la suma de s/. 80,000.00, que correspondería a una indemnización por la demora en recepción y conformidad de dicho servicio. Por lo tanto, este Tribunal Unipersonal considera pertinente resolver los tres puntos controvertidos señalados precedentemente de manera conjunta por estar íntimamente relacionados.

En primer lugar, es necesario establecer la naturaleza del Contrato materia de litis del presente proceso arbitral. Para ello, hay que tener en consideración el periodo de ejecución del contrato, pues según eso los contratos se subdividen en de "ejecución única" y "de duración".

Al respecto, Messineo señala o define como "contratos de duración" a aquellos que su ejecución se distribuye en el tiempo para alcanzar el fin requerido por las partes. Dicho tipo de contratos se pueden sub dividir en

contratos de "ejecución continuada" y contratos de "ejecución periódica". Messineo señala que un contrato de "ejecución continuada" se da cuando *"la prestación (por regla general, de hacer, pero también de no hacer) es única pero sin interrupción"*.²

En ese sentido, teniendo en cuenta que en la cláusula quinta del Contrato se establece que *"El plazo de ejecución del presente contrato es de 365 días calendario o hasta que se cumpla la cantidad de toneladas métricas contratadas"*, se puede concluir que el presente contrato cumple con los requisitos para ser uno de ejecución continua, pues sólo existe un objeto³ del contrato y el plazo de ejecución es único.

Una vez establecida la naturaleza del contrato y habiendo analizado la posición y defensa de una de las partes, corresponde al Árbitro Único que emita un pronunciamiento respecto a este punto controvertido, relacionado con la conformidad y recepción del servicio.

Al respecto, es necesario remitirnos a la cláusula décima, donde se establece que:

"Cláusula Décima: Conformidad del Servicio

La conformidad del servicio se regula por lo dispuesto en el artículo 176 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado y será otorgada por la Gerencia de Limpieza Pública.

De existir observaciones se consignarán en el acta respectiva, indicándose claramente el sentido de éstas, dándose al Contratista un plazo prudencial para su subsanación, en función a la complejidad del servicio. Dicho plazo no podrá ser menor de dos (2) ni mayor de diez (10) días calendario. Si pese al plazo otorgado el Contratista no

² MESSINEO, Francesco. *Doctrina General del Contrato*, Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa- América, 1952, pág. 429-430.

³ *Cláusula segunda: objeto*

El presente contrato tiene por objeto el servicio de eliminación de desmonte en el Distrito del Rímac, conforme a los Términos de Referencia.

cumpliese a cabalidad con la subsanación, la Entidad podrá resolver el contrato, sin perjuicio de aplicar las penalidades que correspondan. Este procedimiento no será aplicable cuando los servicios manifiestamente no cumplan con las características y condiciones ofrecidas, en cuyo caso la Entidad no efectuará la recepción, debiendo considerarse como no ejecutada la prestación, aplicándose las penalidades que correspondan.” (Resaltado agregado)

De conformidad con lo señalado en la cláusula décima, es necesario traer a colación lo establecido en el Artículo 176° del Reglamento, donde se da cuenta de la aplicación del procedimiento de conformidad de servicio:

“Artículo 176°.- Recepción y conformidad

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

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

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

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

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

La recepción conforme de la Entidad no enerva su derecho a reclamar posteriormente por defectos o vicios ocultos.”(Resaltado agregado)

Como se puede apreciar, de las disposiciones citadas se puede inferir que la recepción y conformidad del servicio está a cargo del órgano administrativo o, del que órgano que se establezcan en las Bases del Contrato; en el presente caso, el órgano encargado era la Gerencia de Limpieza Pública. De una revisión de los documentos presentados por el Consorcio, se puede apreciar que las Actas de Conformidad han sido emitidas por el órgano competente.

Es necesario señalar, que a pesar de ser un contrato de ejecución continuada, el pago del servicio se realizó de manera quincenal, como lo establece la cláusula cuarta del Contrato:

“Cláusula Cuarta: Del Pago

La Entidad se obliga a pagar la contraprestación al Contratista en Moneda Nacional, en pagos periódicos en forma quincenal, luego de la recepción formal y completa de la documentación correspondiente, según lo establecido en el artículo 181º del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

Para tal efecto, el responsable de otorgar la conformidad de la prestación deberá hacerlo en un plazo que no excederá de los diez (10) días calendario de ser estos recibidos.

La Entidad deberá efectuar el pago dentro de los quince (15) días calendario siguiente al otorgamiento de la conformidad respectiva, siempre que se verifiquen las demás condiciones establecidas en el contrato.

En caso de retraso en el pago, el Contratista tendrá derecho al pago de intereses conforme a lo establecido en el artículo 48 de la Ley de Contrataciones del Estado, contado desde la oportunidad en el que el pago debió efectuarse.” (Resaltado agregado)

Asimismo, se puede señalar lo establecido en el primer párrafo del Artículo 181° del Reglamento que dispone que: “La Entidad deberá pagar las contraprestaciones pactadas a favor del contratista en la oportunidad establecida en las Bases o en el contrato. Para tal efecto, el responsable de dar la conformidad de recepción de los bienes o servicios, deberá hacerlo en un plazo que no excederá de los diez (10) días calendario de ser éstos recibidos.” (Resaltado agregado).

En ese sentido, la finalidad de establecer un plazo máximo para que las Entidades otorguen la conformidad de la prestación al contratista es asegurar que éste obtenga un pronunciamiento oportuno de la Entidad sobre el cumplimiento de la prestación a su cargo en las condiciones pactadas y, en consecuencia, pueda tener derecho al pago respectivo.

En esa misma línea, el primer párrafo del artículo 42° de la Ley dispone que: “Los contratos de bienes y servicios culminan con la conformidad de recepción de la última prestación pactada y el pago correspondiente”; mientras que, el primer párrafo del Artículo 177° del Reglamento señala que: “Luego de haberse dado la conformidad a la prestación se genera el derecho al pago del contratista. Efectuado el pago culmina el contrato y se cierra el expediente de contratación respectivo.” (El subrayado es agregado).

En ese orden de ideas, la misma normativa, en el caso de contratos de servicios, no ha condicionado el pago al contratista a la aprobación de una liquidación -como sí sucede en los contratos de consultoría u obras-; si no por el contrario, el contrato de servicios culminará una vez realizado el

pago, siempre que previamente se haya emitido la conformidad de la prestación.

Por lo tanto, la conformidad de los bienes o servicios no puede entenderse aprobada por defecto, debiendo existir, obligatoriamente, un pronunciamiento por parte del área designada por la Entidad, el mismo que de conformidad al Artículo 181° del Reglamento, debe cumplir con efectuarse dentro del plazo de diez (10) días calendario, a partir de la recepción de estos.

Del mismo modo, se puede desprender que al no otorgar la conformidad de la prestación al contratista o hacerlo fuera del plazo máximo previsto en el Artículo 181° del Reglamento, además de generar consecuencias legales, también podría generar retrasos en el pago al contratista, y, en consecuencia, controversias sobre la procedencia de reconocer intereses legales⁴.

Asimismo, dicha negativa por parte de la Entidad trae como consecuencia el incumplimiento de la normativa de contrataciones del Estado, correspondiendo al Titular de la Entidad ordenar la determinación de responsabilidades, de conformidad con el primer párrafo del Artículo 46° de la Ley.

Ahora bien, es necesario señalar lo que establece el Artículo 178° del Reglamento, donde se señala lo siguiente:

"Otorgada la conformidad de la prestación, el órgano de administración o el funcionario designado expresamente por la Entidad es el único autorizado para otorgar al contratista, de oficio o a pedido de parte, una constancia que deberá precisar, como mínimo,

⁴ El primer párrafo del artículo 48 de la Ley establece que "En caso de atraso en el pago por parte de la Entidad, salvo que se deba a caso fortuito o fuerza mayor, ésta reconocerá al contratista los intereses legales correspondientes. Igual derecho corresponde a la Entidad en caso sea la acreedora."

la identificación del objeto del contrato, el monto correspondiente y las penalidades en que hubiera incurrido el contratista." (El subrayado es agregado)

El mencionado artículo nos da cuenta de que la conformidad y recepción del servicio requiere de ciertos elementos formales para que el Acta o documento de conformidad sea legalmente válido.

Dichos elementos son:

- i) La identificación del contrato u orden de compra o servicio; es decir, su número, objeto, las partes de la relación contractual (la Entidad y el contratista) y la prestación o prestaciones ejecutadas por el contratista.
- ii) El monto correspondiente; esto es, el importe total al que asciende el contrato, comprendiendo las variaciones por adicionales, reducciones, reajustes, etc., que se hubieran aplicado durante la ejecución contractual.
- iii) Las penalidades en que hubiera incurrido el contratista durante la ejecución de dicho contrato.

Con estos elementos, lo que se quiere es determinar o acreditar si efectivamente el contratista ejecutó debidamente el contrato; es decir, sin que haya sido necesario la aplicación de alguna penalidad, las cuales pueden ser por mora regulada en el Artículo 165° del Reglamento u otras penalidades previstas en las Bases de Conformidad con el Artículo 166°.

En el presente caso, luego de la revisión de los documentos adjuntados como medios probatorios se puede apreciar que en las Actas de Conformidad emitidas por parte de la Entidad cumplen con los requisitos formales requeridos por el Artículo 178° del Reglamento.

No obstante, es necesario traer a colación lo señalado en las Actas de Conformidad **del periodo 16 al 30 de noviembre de 2015 (Valorización N° 15)**, en la cual la Entidad señala que el Consorcio no ha asistido a laborar los días 17, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 26, 27 y 28 de dicho mes y, **del periodo de 16 al 31 de diciembre de 2015 (Valorización N° 17)**, a través de la cual, la Entidad señaló que la empresa no realizó el servicio los días 27, 28 y 29 de dicho mes.

De las actas señaladas, se debe indicar que las mismas no fueron materia de cuestionamiento en su oportunidad, ni en el presente arbitraje, por lo que se puede desprender que de los días que la Entidad señala que el Consorcio inasistió, ésta última no habría cumplido con la prestación del servicio conforme al plazo dispuesto para la ejecución de la prestación, que constaba de 365 días calendario, es decir un año, entendiéndose que el Consorcio debía cumplir con la prestación del servicio todos los días y, al no haberlo realizado en las fechas consignadas en las citadas Actas corresponde que se le aplique la penalidad respectiva por los días no laborados.

Siendo ello así, corresponde que se aplique las penalidades por los días no laborados, conforme a la formula prevista en la Cláusula Décimo Tercera del Contrato, la cual es concordante con el Artículo 165° del Reglamento, siendo dicha formula la siguiente:

$$\text{Penalidad diaria} = \frac{0.10 \times \text{Monto}}{F \times \text{Plazo en días}}$$

En atención a dicha cláusula corresponde realizar el cálculo respectivo, en base al ítem (valorización N° 15) por los 10 días no laborados, por lo que la penalidad por día asciende a:

$$\text{Penalidad diaria} = 0.10 \times \text{S/. } 5,183.64 = \text{S/. } 129.59$$

$$0.40 \times 10$$

PENALIDAD TOTAL POR LOS 10 DIAS NO LABORADOS = S/. 129.59 X
10 = S/. 1,295.90

Y el cálculo en base al ítem (valorización N° 17) por los 03 días no laborados, por lo que la penalidad por día asciende a:

$$\text{Penalidad diaria} = \frac{0.10 \times \text{S/. } 16,827.27}{0.40 \times 3} = \text{S/. } 1,402.27$$

$$0.40 \times 3$$

PENALIDAD TOTAL POR LOS 3 DIAS NO LABORADOS = S/. 1,402.27 X
3 = S/. 4,206.81

En consecuencia, de los cálculos realizados se puede advertir como saldo total por penalidad por los días no laborados, asciende a la suma de S/. 5,502.71 soles.

Por tales razones, corresponde que se efectué el pago del saldo restante respecto las valorizaciones que van de la N° 10 a la N° 18, debiendo realizarse el respectivo descuento por las penalidades en las que incurrió el Consorcio por los días no laborales.

En tal sentido, el Árbitro Único considera que la Entidad debe pagar únicamente al Contratista la suma de S/. 181,124.91⁵, por concepto de la contraprestación realizada, debiendo precisarse que al monto solicitado inicialmente se le ha realizado el descuento por concepto de penalidad.

De otro lado, y conforme a lo solicitado se debe indicar que a dicho monto se debe agregar el interés legal conforme lo establece el Reglamento, por lo tanto corresponde determinar a qué tasa y desde cuándo.

⁵ Precítese que del monto total de las valorizaciones solicitadas por la suma de S/. 186,627.62, se está descontando el monto total de la penalidad por los días no laborados, los cuales ascienden a S/. 5,502.71.

Es necesario indicar que el Contratista no ha precisado *in extenso* su posición sobre el particular, sin perjuicio de ello, se puede apreciar que dicha parte se ampara esencialmente en que la demora en la conformidad del servicio.

El artículo 1244° del Código Civil señala que el interés es compensatorio cuando constituye la contraprestación por el uso de dinero o de cualquier otro bien. Es moratorio cuando tiene por finalidad indemnizar la mora en el pago.

El artículo 1245° señala que cuando deba pagarse interés sin haberse fijado la tasa, el deudor debe abonar el interés legal. El artículo 1246° añade que si no se ha convenido interés moratorio, el deudor sólo está obligado a pagar por causa de mora el interés compensatorio pactado y, en su defecto, el interés legal.

De los mencionados artículos, se desprende que los intereses pueden clasificarse en dos tipos, según la función económica que persiguen: a) Intereses compensatorios (o retributivos) y, b) Intereses moratorios (o punitivos).

Los intereses son compensatorios cuando se pagan por el uso de un capital ajeno, y moratorios cuando se pagan por el perjuicio sufrido por el acreedor debido al retraso en el cumplimiento de una obligación.

En el presente caso nos encontramos ante la existencia de intereses moratorios, y no compensatorios. Debiendo entonces aplicarse intereses moratorios, de acuerdo a las normas citadas, corresponde reconocer el interés legal.

Para la determinación de la fecha de la intimación en mora, a partir de la cual se devengan los intereses moratorios, se debe tener en cuenta lo señalado por el artículo 1334° del Código Civil, según el cual:

"En las obligaciones de dar sumas de dinero cuyo monto requiera ser determinado mediante resolución judicial, hay mora a partir de la fecha de la citación con la demanda (...)".

Dado que en el presente caso nos encontramos ante una obligación cuyo monto requiere de determinación por el juez o tribunal arbitral, los intereses se devengarían desde la citación con la demanda. No obstante, teniendo este proceso carácter arbitral, no existe propiamente una citación con la demanda.

Cuando artículo 1334° del Código Civil se refiere a la citación con la demanda se refiere en realidad al momento desde el cual una de las partes toma conocimiento que la otra le requiere, judicial o arbitralmente, el cumplimiento de su obligación. El propósito es que, por tratarse de una suma no líquida, que debe ser determinada por el juzgador, es necesario que la mora exista desde que se pone en conocimiento del demandado las pretensiones del demandante.

Tal situación ocurre con la citación con la demanda en el caso de procesos judiciales, pero en el caso de los procesos arbitrales la situación análoga ocurre cuando, en aplicación del convenio arbitral, una de las partes emplaza a la otra con las pretensiones que serán discutidas en el arbitraje, es decir, con la notificación de la solicitud de arbitraje.

Lo anteriormente expuesto se condice con lo establecido en la Octava Disposición Complementaria de la Ley de Arbitraje que señala que para efectos de lo dispuesto en el artículo 1334° del Código Civil, la referencia a la citación de la demanda se entenderá referida en materia arbitral a la recepción de la solicitud para someter la controversia a arbitraje.

En consecuencia, el Árbitro Único considera que la Entidad debe al Contratista los respectivos intereses moratorios, en base al monto materia

de pago del saldo restante -que va de la valorización N° 10 a la valorización N° 18 con el respectivo descuento por concepto de penalidad- respecto al servicio, cuyo monto es de s/. 181,124.91; los cuales empezarán a computarse desde la fecha de presentación de la solicitud de arbitraje, esto es, a partir del día 25 de mayo de 2016.

Por todas las razones expuestas, correspondería otorgar la conformidad del Servicio, en base a las razones y precisiones expuestas en el presente análisis.

En segundo lugar, respecto a los daños y perjuicios aducidos por el Consorcio es necesario señalar que ésta identificó las demoras y retrasos de su contraparte, así como el no pago del monto del saldo pendiente como causantes del daño, específicamente daño emergente, ocasionado para el otorgamiento de una indemnización por daños y perjuicios.

Ahora bien, debe procederse a evaluar si corresponde la indemnización reclamada por parte del Consorcio.

De la revisión de los argumentos del Consorcio, para solicitar el reconocimiento de daños y perjuicios; específicamente el daño emergente; se limita a decir que como el Contratista tuvo demoras y retrasos, generándose un daño patrimonial, lesionando sus derechos de naturaleza económica o material.

Asimismo, alega que en perjuicio de dicho retraso en la conformidad del servicio, el Consorcio se ha visto en la necesidad de contratar los servicios de un asesor legal.

Al respecto, es necesario señalar lo que establece la Ley de Arbitraje:

"Artículo 70.- Costos.

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

- a. Los honorarios y gastos del tribunal arbitral.*
- b. Los honorarios y gastos del secretario.*
- c. Los gastos administrativos de la institución arbitral.*
- d. Los honorarios y gastos de los peritos o de cualquier otra asistencia requerida por el tribunal arbitral.*

e. Los gastos razonables incurridos por las partes para su defensa en el arbitraje.

- f. Los demás gastos razonables originados en las actuaciones arbitrales.” (Resaltado agregado)*

En ese sentido, el pago indemnizatorio que reclama el Consorcio será tratado junto con el análisis que realice el Árbitro Único respecto a los costos y costas del presente arbitraje.

Sin perjuicio de lo anterior, es necesario señalar que debe tenerse presente que una de las condiciones para la indemnización por daños y perjuicios es que exista el daño, el cual debe ser probado de forma fehaciente.

El Árbitro Único considera necesario anotar que, tratándose de un arbitraje de derecho, nuestro sistema jurídico ha dividido la reparación de los daños diferenciando a las reparaciones contractuales de las extracontractuales. Las primeras responden ante la preexistencia de una relación jurídico-patrimonial, mientras las segundas son fuente de obligaciones, debiéndose cumplir en ambos casos con una serie de presupuestos:

- La imputabilidad, entendida como la capacidad que tiene el sujeto para hacerse responsable civilmente por los daños que ocasiona.
- La ilicitud o antijuridicidad, vale decir, la constatación que el daño causado no está permitido por el ordenamiento jurídico.
- El factor de atribución, o sea, el supuesto justificante de la atribución de responsabilidad del sujeto.

- El nexo causal, concebido como la vinculación entre el evento lesivo y el daño producido.
- El daño, que comprende las consecuencias negativas derivadas de la lesión de un bien jurídico tutelado.

Al respecto, se debe agregar que toda persona que alega un daño debe probarlo y el argumento por lo que en primer término que toda pretensión indemnizatoria debe ser acreditada para que pueda ser amparada conforme a derecho.

La doctrina sostiene que el daño es el menoscabo que a consecuencia de un acontecimiento o evento determinado sufre una persona ya en sus bienes vitales naturales, ya en su propiedad, ya en su patrimonio. En consecuencia, el Consorcio no ha logrado acreditar los daños ocasionados.

Siendo ello así, debe tenerse presente que no basta una inducción lógica y sentido común para sustentar el daño ocasionado, por cuanto para determinar un monto indemnizatorio, se requiere la existencia de evidencia probatoria que cause convicción en los árbitros. En el presente caso, el Consorcio no ha presentado elementos probatorios que puedan sustentar la existencia de daño que pueda ser objeto de resarcimiento.

Análisis del Cuarto Punto Controvertido: Determinar a quién y en qué proporción corresponde el pago de las costas y costos arbitrales originados con la tramitación del presente arbitraje.

Sobre este punto, es necesario indicar que el 70º del Decreto Legislativo Nº 1071, Ley de Arbitraje, dispone lo siguiente:

«El tribunal arbitral fijará en el laudo los costos del arbitraje. Los costos del arbitraje comprenden: a) Los honorarios y gastos del tribunal arbitral; b) Los honorarios y gastos del secretario; c) Los gastos administrativos de la institución arbitral; d) Los honorarios y

gastos de los peritos o de cualquier otra asistencia requerida por el tribunal arbitral; e) Los gastos razonables incurridos por las partes para su defensa en el arbitraje; f) Los demás gastos razonables originados en las actuaciones arbitrales.»

Asimismo, el numeral 1) del artículo 72º del mismo cuerpo legislativo dispone que los árbitros se pronunciarán en el laudo arbitral sobre los costos indicados en su artículo 70º:

«1. Una vez constituido, el tribunal arbitral podrá requerir a cada una de las partes que entregue un anticipo de los costos previstos en el artículo 70. En el curso de las actuaciones, el tribunal arbitral podrá requerir anticipos adicionales a las partes. Las partes asumirán los anticipos en proporciones iguales, sin perjuicio de lo que decida el tribunal arbitral sobre su distribución en el laudo».

De igual manera, el numeral 1) del artículo 73º de la citada ley señala que los árbitros deben tener presente, de ser el caso, lo pactado en el convenio arbitral; además, tal precepto legal establece que si el convenio arbitral no contiene pacto alguno sobre los gastos, los costos del arbitraje serán de cargo de la parte vencida; sin embargo, los árbitros podrán distribuir y prorratear estos costos entre las partes:

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

Teniendo en cuenta lo mencionado, se advierte que en el convenio arbitral contenido en el Convenio materia de la presente controversia, las partes no

han establecido pacto alguno acerca de los costos y costas del proceso arbitral; por lo que, corresponde que el Tribunal Arbitral se pronuncie sobre este tema de manera discrecional y apelando a su debida prudencia a fin de establecer si corresponde la atribución de los gastos arbitrales a una de las partes, y en qué medida, o la aplicación de un prorrateo razonable.

Sobre el particular, la doctrina⁶ respecto a la distribución de los costos señala que la regla general es el criterio de que «*los costos siguen el evento*», es decir, que en atención a lo determinado en el fallo de las pretensiones principales, la distribución de los costos arbitrales deberá seguir la línea del criterio adoptado.

Es así que, desde el punto de vista del Árbitro Único, no puede afirmarse que existe una parte «perdedora», este tribunal considera que, siendo consecuente con lo resuelto en este laudo y atendiendo al resultado que se desprendió del análisis fáctico de los hechos y de los medios probatorios ofrecidos por las partes, corresponde disponer que cada de una de las partes asuma los costos del presente arbitraje.

En consecuencia, cada parte debe asumir el pago equitativamente los gastos arbitrales decretados en este arbitraje (es decir, los honorarios del Árbitro Único y del Secretario Arbitral), así como asumir sus propios costos correspondientes a pago de representación, asesoría legal y patrocinio, según el referido artículo 70° del D.L. N° 1071, en los que incurrieron o debieron incurrir como consecuencia del presente arbitraje.

Sin embargo, teniendo en consideración que, el íntegro de los honorarios arbitrales fueron cancelados por el Consorcio; corresponde ordenar a la Entidad la devolución de la parte que fuera, en su momento, pagado por el Contratista.

⁶ Ecurra Rivero, Huáscar. Comentarios al artículo 73°. En: Comentarios a la Ley Peruana de Arbitraje. Instituto Peruano de Arbitraje. Primera Edición. Lima 2011. Pág. 813.

LAUDO:

Estando a las consideraciones precedentes, conforme a Derecho y dentro del plazo correspondiente, el Árbitro Único **RESUELVE:**

Primero: DECLARAR FUNDADA EN PARTE la Primera Pretensión toda vez que, por lo tanto la Municipalidad Distrital del Rímac deberá emitir la Conformidad del Servicio, y en ésta, la Entidad debe señalar la existencia de una penalidad por los días no laborados por parte del Consorcio.

Segundo: DECLARAR FUNDADA EN PARTE la Segunda Pretensión y; en consecuencia, ordenar a la Municipalidad Distrital del Rímac el pago ascendente a la suma de S/. 181,124.91 (Ciento Ochenta y Un Mil Ciento Veinticuatro con 91/100 Soles), en favor del Consorcio Rímac más los respectivos intereses legales, a partir de la fecha de notificación de la solicitud de arbitraje, es decir desde 25 de mayo de 2016.

Tercero: DECLARAR INFUNDADA la Tercera Pretensión Principal planteada por el Consorcio Rímac.

Cuarto: DECLARAR que cada una de las partes asuma los honorarios por concepto de defensa legal en los que hubiera incurrido o se hubiera comprometido a pagar; y que los gastos comunes (honorarios del Árbitro Único y los gastos del Secretario Arbitral) sean asumidos equitativamente por cada parte.

Quinto: REQUIÉRASE a la Municipalidad Distrital del Rímac, a manera de devolución, la suma neta de S/. 5,790.40 (Cinco Mil Setecientos Noventa con 40/100 Soles) en favor del Consorcio Rímac, correspondiente a la suma total de los Honorarios Profesionales del Árbitro Único y Secretario Arbitral, los cuales inicialmente se encontraban a su cargo, pero que han sido asumidos por la mencionada empresa.

Sexto: INDÍQUESE que, adicionalmente a la notificación en los domicilios procesales de ambas partes, el presente Laudo Arbitral será remitido a la Dirección de Arbitraje Administrativo del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado - OSCE.



PATRICK HURTADO TUEROS
Árbitro Único



MARCO ANTONIO PAZ POLO
Secretario Arbitral Ad Hoc