

LAUDO ARBITRAL DE DERECHO DICTADO EN EL ARBITRAJE SEGUIDO POR A&F TECNOLOGÍA Y SERVICIOS LÍDERES LIDERES S.A. Y LA MUNICIPALIDAD PROVINCIAL DE CHINCHA, ANTE EL ÁRBITRO UNICO DR. ALFREDO ENRIQUE ZAPATA VELASCO.

RESOLUCIÓN N°13

I. LUGAR Y FECHA DE EXPEDICIÓN

El presente Laudo Arbitral se expide en la ciudad de Lima a los 23 días del mes de octubre del año dos mil trece.

II. LAS PARTES

- **Demandante:** A&F TECNOLOGÍA y SERVICIOS LÍDERES LIDERES S.A.
- **Demandado:** MUNICIPALIDAD PROVINCIAL DE CHINCHA.

III. ARBITRO UNICO

- Dr. ALFREDO ENRIQUE ZAPATA VELASCO
- Secretaría Arbitral encargada en la Dirección de Arbitraje Administrativo del OSCE

IV. ANTECEDENTES DE LA CONTROVERSIA

El 6 de abril de 2011, A&F TECNOLOGÍA y SERVICIOS LÍDERES S.A. (en adelante A&F) celebró con la MUNICIPALIDAD PROVINCIAL DE CHINCHA (en adelante la MUNICIPALIDAD o la ENTIDAD) el Contrato de "SERVICIO DE FISCALIZACIÓN QUE COMPRENDE MATERIA TRIBUTARIA Y ADMINISTRATIVA" (en adelante el Contrato), conforme a los Términos de Referencia contenidos en las Bases de la Adjudicación Directa Publica N° 01-2010-MPCH.

El Contrato está sujeto a las disposiciones de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobada por Decreto Legislativo N° 1017(en adelante LCE), y su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 184-2008-EF (en adelante el Reglamento).

El monto contractual, de acuerdo con la CLAUSULA TERCERA: MONTO CONTRACTUAL, asciende a S/. 398,000.00 a todo costo incluido el IGV. Se incluye en el monto *contractual* "el costo del servicio, seguros e impuestos, así como todo aquello que sea necesario para la correcta ejecución de la prestación."

En el curso de la ejecución contractual, el 16 de octubre de 2012, A&F remitió a la MUNICIPALIDAD a la Carta Notarial N° 2426 - 2012, requiriendo el pago por la prestación de servicios en el plazo de dos (5) días, bajo apercibimiento de resolver el Contrato, debido a que la ENTIDAD no había cancelado la suma de S/. 17,789.76, por el trabajo realizado.

Con fecha 26 de noviembre del 2010, mediante Carta Notarial N° 2527-2012, A&F comunica a la ENTIDAD su decisión de resolver el Contrato, por incumplimiento de sus obligaciones contractuales (específicamente respecto a la negativa a cancelar la deuda correspondiente) invocando la CLÁUSULA DECIMO PRIMERA¹ del referido Contrato.

La resolución del Contrato origina la presente controversia a cargo del Árbitro Único.

V. TRAMITACIÓN DEL PROCESO ARBITRAL

1. LA EXISTENCIA DE CONVENIO ARBITRAL

Está contenido en la CLAUSULA DECIMO SEXTA: SOLUCION DE CONTROVERSIAS del Contrato, el convenio arbitral por el que las partes acordaron que todas las controversias que surjan durante la etapa de la ejecución contractual, se resolverán de manera definitiva e inapelable mediante el arbitraje de derecho, de conformidad con lo establecido en la normativa de contrataciones del Estado.

¹ **CLAUSULA DECIMO PRIMERA: RESOLUCIÓN DEL CONTRATO**

"cualquiera de las partes podrá resolver el contrato, de conformidad con los artículos 40°, inciso c), y 44 de la LEY y los artículos 167° y 168° del REGLAMENTO. De darse el caso, LA ENTIDAD procederá de acuerdo a lo establecido en el artículo 169° del REGLAMENTO".

2. LA DESIGNACION E INSTALACIÓN DEL ÁRBITRO UNICO

De conformidad con las normas de contratación con el Estado no habiendo acuerdo entre las partes, el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado OSCE mediante Resolución N° 022-2013-OSCE/PRE de fecha 16 de enero de 2013, designo Arbitro Único al Dr. **ALFREDO ENRIQUE ZAPATA VELASCO**.

Con fecha 12 de marzo de 2013 se realizó la audiencia de instalación del Árbitro Único, fijándose las reglas del proceso en el Acta respectiva, con la presencia del representante de A&F y en ausencia de la representación de la MUNICIPALIDAD no obstante haber sido notificada debidamente.

El Árbitro Único declara haber sido debidamente designado de conformidad con la ley y el convenio arbitral celebrado entre las partes, sin tener incompatibilidad ni compromiso con las mismas y obligándose a desempeñar con imparcialidad y probidad su labor.

La parte asistente manifiesta su conformidad y ratifica la designación del Árbitro Único, expresando no conocer causal de recusación.

3. LA DEMANDA

A&F presento su escrito de demanda con fecha 25 de marzo de 2013, planteando tres pretensiones. La demanda y sus medios probatorios fue admitida con Resolución N° 01 de fecha 27 de marzo de 2013. En la misma Resolución el Arbitro Único dispuso el traslado de la demanda a la contraparte por el plazo establecido en las reglas del proceso.

4. LA CONTESTACION DE LA DEMANDA

La MUNICIPALIDAD fue declara renuente por Resolución N° 02, al no haber presentado su escrito de contestación de demanda incluso después de haber sido notificada.

5. LA AUDIENCIA DE CONCILIACION, SANEAMIENTO Y DETERMINACION DE PUNTOS CONTROVERTIDOS

397

La Audiencia de Conciliación, Saneamiento Fijación y Determinación de Puntos Controvertidos, citada por el OSCE que se llevó el 22 de mayo de 2011, con la presencia del Árbitro Único, la representación de A&F y la MUNICIPALIDAD representada por la Procuradora Publica Municipal.

a. Saneamiento

Ante la existencia de una relación jurídica valida el Arbitro Único declara saneado el proceso. El Arbitro Único, habiendo revisado las pretensiones contenidas en el escrito de demanda y el escrito de contestación, establece que dichas pretensiones son susceptibles de arbitraje de acuerdo a lo establecido en el Artículo 2° de la Ley de Arbitraje aprobada por el Decreto Legislativo N° 1071, declaro el saneamiento arbitral.

b. Conciliación

En consulta con las partes, el Arbitro Único deja constancia de la imposibilidad de propiciar un acuerdo conciliatorio que pusiera fin al proceso; sin embargo, la misma podría darse en cualquier estado del proceso debiendo ser comunicada al Árbitro Único.

c. Determinación de puntos controvertidos

Con el acuerdo de las partes y las reservas incorporadas por el Arbitro Único en el Acta respectiva, procedió a la aprobación de los Puntos Controvertidos.

Puntos Controvertidos:

1. ~~Determinar~~ si corresponde o no que se cancele a favor del **CONTRATISTA** la suma de S/. 168,970.21 más los intereses por concepto de lucro cesante a consecuencia de indemnización de daños y perjuicios derivados de la responsabilidad civil contractual.
2. ~~Determinar~~ si corresponde o no que la **ENTIDAD** pague la suma de S/. 17,789.76 mas los respectivos intereses, por concepto del servicio de fiscalización prestado y/o realizado.
3. ~~Determinar~~ si corresponde o no que la **ENTIDAD** pague la suma de S/. 16,356.81 mas los respectivos intereses, por concepto de la garantía de fiel cumplimiento.

4. Determinar a quién corresponde el pago de las costas y costos del proceso arbitral.


d. Saneamiento probatorio

Atendiendo a los puntos controvertidos establecidos precedentemente y a los escritos presentados por las partes, se admitieron los medios probatorios siguientes:

De A&F:

Se admiten los medios probatorios ofrecidos con la demanda, detallados en el acápite "V. MEDIOS PROBATORIOS y ANEXOS", signados con los números del 1 al 22.

De la ENTIDAD:



Atendiendo a que la ENTIDAD no ha ofrecido medios probatorios, por no haber presentado contestación a la demanda y que la Procuradora Publica Municipal manifestó contar con medios probatorios, el Arbitro Único le otorgó un plazo de cinco días hábiles para la presentación de los medios probatorios. Con fecha 29 de mayo de 2013, la MUNICIPALIDAD presentó como medios probatorios: i) el Informe N° 80 2011-MPCH de la Gerente de Rentas, del 03 de marzo de 2011, y ii) copias de las Bases Integradas de la Adjudicación Directa Publica N° 01-2011-MPCH.

4. LA PRESENTACIÓN DE ALEGATOS ESCRITOS

Mediante Resolución N° 06 de 14 de junio de 2013, el Arbitro Único declaro cerrada la etapa probatoria, otorgando a las partes, el plazo de cinco (05) días hábiles para la presentación de sus alegatos escritos. A&F presento sus alegatos con escrito de fecha 01 de Julio de 2013. La ENTIDAD presento sus alegatos 03 de julio de 2013.

5. LA AUDIENCIA DE INFORME ORALES.

Conforme a lo dispuesto con Resolución N° 07, el 25 de julio de 2013 se llevó a cabo la Audiencia de informes orales, en el local del OSCE, con la asistencia de la representación de las partes. 399

El Árbitro Único concedió el uso de la palabra a los representantes de las partes, quienes expusieron ampliamente los fundamentos de sus respectivas posiciones; en el curso de las intervenciones y al finalizar las mismas, se absolvieron las interrogantes formuladas por el Árbitro Único, con lo que concluyó el Informe Oral.

6. EL PLAZO PARA LAUDAR

Conforme a la audiencia de Informes Orales, se fijó en treinta (30) días hábiles el plazo para Laudar. Con Resolución N° 11, de 05 de setiembre de 2013, se prorrogó el plazo para laudar en treinta (30) días hábiles, contados a partir del día siguiente de vencido el término original.

VI. MARCO LEGAL APLICABLE PARA RESOLVER LA CONTROVERSIA

Conforme a lo estipulado en la CLAUSULA DECIMO QUINTO: MARCO LEGAL DEL CONTRATO, respecto del fondo de la controversia es de aplicación en el Contrato, en la LCE y su Reglamento; en lo no previsto serán de aplicación las disposiciones pertinentes del Código Civil y demás normas concordantes.

Conforme al Numeral 7. TIPO DE ARBITRAJE, en virtud de la CLAUSULA DECIMO SEXTA: SOLUCION DE CONTROVERSIAS del Contrato y en aplicación del Artículo 216° del Reglamento, el presente arbitraje es uno AD HOC, NACIONAL y de DERECHO.

El proceso arbitral se regirá por las Reglas establecidas en el Acta de Instalación, la LCE su Reglamento y la Ley de Arbitraje. En caso de insuficiencia de reglas, el Arbitro Único está facultado para establecer reglas adicionales, cautelando el principio de legalidad, el debido proceso y el derecho de defensa.

VII. CONSIDERANDO

1. CUESTIONES PRELIMINARES Y MARCO DE REFERENCIA CONCEPTUAL

Previo a analizar la materia controvertida, corresponde señalar: i) Que, el Tribunal Arbitral se constituyó de conformidad con la LCE y su Reglamento, y la Ley de Arbitraje, estableciéndose que en caso de deficiencia o vacío de las reglas, el Arbitro Único está facultado para establecer reglas adicionales; ii) Que, A&F, presentó su demanda con las pretensiones materia del presente Laudo Parcial dentro de los plazos dispuestos y ejerció plenamente su derecho de defensa iii) Que, la ENTIDAD, fue debidamente emplazado con la demanda, empero no la absolvió y no ofreció medios probatorios: iv) Que, las partes tuvieron plena oportunidad para ofrecer y actuar todos sus medios probatorios (la ENTIDAD los presentó en plazo excepcional dispuesto por el Arbitro Único), y que ejercieron la facultad de presentar alegatos y v) Que, el Arbitro Único procede a laudar dentro del plazo establecido.

El Arbitro Único, al resolver el caso sometido a decisión arbitral, deberá efectuar una labor interpretativa orientada a explicar o declarar el sentido de una cosa, en concreto, explicar el sentido de un contrato dudoso, ambiguo, contradictorio o con vacíos, teniendo como referentes las pautas señaladas por SCOGNAMIGLIO, en el sentido que:

*"La interpretación debe orientarse a determinar el significado más correcto de negocio, en consideración a su función y a su eficacia como acto de autorregulación de los intereses (de las partes) (agregado nuestro). ... Así las cosas ... la interpretación debe guiarse directamente al contenido de acto dispositivo que debe ser destacado en su significación completa, dentro de una valoración amplia, pero también equilibrada de los puntos de vista e intereses opuestos."*²

Asimismo, el Arbitro Único tendrá presente como *principios interpretativos*: i) el de la conservación de contrato; ii) el de la búsqueda de la voluntad real de las partes; iii) el de la buena fe y, iv) el de los actos propios.

² SCOGNAMIGLIO, RENATO. Teoría General de Contrato. Traducción de HINESTROSA, FERNANDO. Universidad Externado de Colombia. Medellín. 1983. Pág. 236.

- (i) Por el principio de la búsqueda de la voluntad real de las partes - posición asumida por el Código Civil Peruano en el segundo párrafo del artículo 1361º-, cuando se presenta alguna discrepancia entre lo declarado por las partes y lo querido por ellas, se presume que lo declarado responde a la voluntad de las partes salvo prueba en contrario, por lo que, el análisis de todos y cada uno de los documentos del Contrato deberá realizarse de manera integral y completa, teniendo en cuenta la "voluntad común", a la que la Exposición de Motivos del Código Civil conceptúa como:

"(...) los fines idénticos buscados por los contratantes y que se expresan en la declaración que formulan al celebrar el contrato. No se trata, por consiguiente, del objetivo que busca cada contratante por sí mismo; y hay que presumir que lo que aparece en la relación contractual responde a esa intención, considerada de un modo integral y referida al contrato como un todo".³

Este principio tiene su correlato con el principio de Verdad Material, contemplado en el artículo IV, numeral 1.11 del Título Preliminar de la Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley N° 27444, conforme al cual:

"... las actuaciones administrativas deben estar dirigidas a la identificación y esclarecimiento de los hechos reales producidos y a constatar la realidad, independientemente de cómo hayan sido alegadas, y, en su caso, probadas por los administrados".⁴

Resultando también pertinente lo indicado por Miriam IVANEGA⁵:

"... Bajo esa perspectiva, la búsqueda de la verdad material ... de la realidad y sus circunstancias, con independencia de cómo han sido alegadas y en su caso probadas por las partes, ... supone que se deseche la prevalencia de criterios que acepten como verdadero algo que no lo es o que nieguen la veracidad de lo que sí lo es. Ello porque con independencia de lo que hayan aportado, la Administración siempre debe buscar la verdad sustancial como mecanismo para satisfacer el interés público..."

- (ii) Por el principio de la buena fe, se aplica las ideas de confianza y auto responsabilidad en la interpretación, de modo que: *"(...) si una de las partes, con su expresión o su declaración, suscitó en la otra una confianza en el sentido objetivamente atribuible a dicha declaración, esta parte no puede impugnar este sentido y pretender que el contrato tiene otro diverso"*⁶.

³ ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max. Código Civil. Exposición de Motivos y Comentarios. Tomo VI. Comisión Encargada del Estudio y Revisión del Código Civil. Compiladora Delia Revoredo Marsano. Lima. 1985, p. 25.

⁴ MORON URBICA, Juan Carlos. Comentarios a la Ley del procedimiento administrativo general. Gaceta Jurídica. Lima. 2005, p. 79.

⁵ <http://alumnosmdag.blogspot.com/2010/12/procedimiento-administrativo-las.html>: "Procedimiento administrativo: Las dimensiones del principio de verdad material"

⁶ DIEZ-PICAZO, Luis. Op. Cit. Volumen I, p. 398.

- (iii) Por el principio de los actos propios, el autor nacional Enrique ELÍAS LAROZA⁷ señala que:

"La doctrina de los actos propios puede definirse como un principio según el cual el actuar en forma contradictoria con los propios actos es inadmisibles dentro de las reglas de la buena fe. Así, son inadmisibles los actos de ejercicio de un derecho claramente incompatibles con la conducta anterior de la misma persona.

En otros términos, se considera que va contra de sus propios actos quien ejerce un derecho objetivamente incompatible con su conducta previa."

A lo anteriormente expuesto, el citado autor señala que este principio se aplica a todos los ámbitos del ordenamiento jurídico⁸:

"(...) el principio por el cual no se puede actuar contra los propios actos ("venire contra factum proprium), según la doctrina jurídica moderna ha alcanzado la categoría del principio general de derecho".

En el mismo sentido, el maestro LUIS DIEZ PICAZO, señala en su tratado sobre la "Doctrina de los Propios Actos"⁹:

"Hemos llegado a la conclusión de que la regla que normalmente se expresa diciendo que nadie puede ir en contra de sus propios actos, ha de interpretarse en el sentido de que toda pretensión, formulada dentro de una situación litigiosa por una persona que anteriormente ha realizado una conducta incompatible con esa pretensión, debe ser desestimada. Hemos llegado también a la conclusión de que, desde un punto de vista de derecho sustantivo, la inadmisibilidad de venir en contra de los actos propios constituye técnicamente un límite del ejercicio de la buena fe y particularmente, de la exigencia de observar, dentro del tráfico jurídico, un comportamiento coherente".

Alejandro Borda (¹⁰) dice al respecto:

"La teoría de los actos propios es una regla de derecho, derivada del principio general de la buena fe, que sanciona como inadmisibles toda pretensión lícita, pero objetivamente contradictoria con respecto al comportamiento anterior efectuado por el mismo sujeto.

Se funda en la confianza que se despierta en otro sujeto de buena fe a raíz de una primera conducta realizada. Esta buena fe quedaría vulnerada si fuese admisible aceptar y dar curso a la posterior pretensión contradictoria".

⁷ ELIAS LAROZA, Enrique. Derecho Societario Peruano, Editora Normas Legales, Lima 1999, pag. 55


⁸ Op Cit. pag. 54

⁹ LUIS DIEZ PICAZO, citado por Elías Laroza, en Derecho Societario Peruano, pag. 55.

¹⁰ BORDA Alejandro. La teoría de los actos propios y el silencio como expresión de la Voluntad. En Contratación Contemporánea - Teoría general y principios -, Palestra, Lima, 2000, pag. 69.

Por su parte, el jurista argentino HÉCTOR MAIRAL¹¹, señala los casos de aplicación de la doctrina de los actos propios:

- a) *Cuando una persona ha intervenido en una situación jurídica bajo un carácter que ella voluntariamente ha asumido, no puede luego invocar un distinto carácter frente a los demás intervinientes, en detrimento de éstos.*
- b) *Cuando una persona ha reconocido o desconocido cierto carácter a otra en el marco de una situación jurídica, no puede luego desconocersele, o atribuírselo, respectivamente, en detrimento de ésta última, dentro de la misma situación jurídica.*
- c) *Cuando una persona ha sostenido o admitido frente a otra, la existencia o inexistencia de una determinada relación jurídica, no puede luego invocar frente a esa misma persona y en detrimento de esta última la inexistencia o existencia, respectivamente, de tal relación o la distinta naturaleza de la misma relación, ni pretender escapar a los efectos que produce la relación reconocida.*

- 
- (iv) Por el principio de conservación del contrato y en general de los acuerdos contractuales, cuando una cláusula de éste es susceptible de interpretarse en dos sentidos, uno que le confiere eficacia y otro del que se desprenda la ineficacia, deberá entenderse en el sentido de aquél que puede producir algún efecto y no en el que no genere ninguno¹². Asimismo, enfrentados a una situación concreta se debe tener preferencia por la conservación del contrato antes que por su anulación.

Esto se corrobora en la propia legislación de contratación estatal como ocurre en la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento, cuando establecen la resolución de contrato como la última medida a ser adoptada, prefiriendo de modo claro la persistencia de la relación contractual, en tanto esta sea posible o, cuando establecen las causales específicas de nulidad de contrato.

Considerando el marco legal aplicable a las controversias, el Arbitro Único procederá a analizar y resolver el caso en función a las prestaciones que forman el contenido del contrato, las normas imperativas y supletorias pertinentes, con la finalidad de dilucidar el contenido de la relación obligatoria generada entre las partes y la solución de las controversias generadas.

¹¹ MAIRAL, Héctor. La Doctrina de los Actos Propios y la Administración Pública. Ediciones De Palma, Buenos Aires, 1998, pag. 8.

¹² Véase DÍEZ-PICAZO, Luis. Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial. Volumen I. Editorial Civitas. Madrid, 1993, p. 396.

El Arbitro Único conviene en precisar que el análisis que se efectúa en el laudo, se circunscribe a los puntos controvertidos fijados en el Acta de la Audiencia de Instalación, Conciliación, Saneamiento y Determinación de Puntos Controvertidos, teniendo presente los argumentos y medios probatorios presentados así como el respeto al derecho de defensa e igualdad procesal que han tenido éstas durante el desarrollo del presente proceso arbitral.

Aspectos relativos al orden del análisis de las pretensiones

Habiendo hecho la introducción ya señalada, con los argumentos expuestos en los escritos de demanda y contestación e informe oral, así como a las pruebas aportadas y puestas a consideración en el presente arbitraje, corresponde en este estado la evaluación de los elementos indicados, con el objeto de determinar si corresponde o no amparar las pretensiones planteadas por el demandante, así como resolver los demás puntos controvertidos.

Aspectos concernientes a la normativa aplicable serán dilucidados como elementos previos y necesarios al pronunciamiento; en conexión con ello, el análisis de las estipulaciones específicas sobre las obligaciones de los contratantes, la posición fijada por estos en el proceso, las situaciones acreditadas en el proceso respecto de los cuales no hay controversia y aquellas no esclarecidas, habiéndose definido de este modo la materia sobre la cual deberá pronunciarse el Arbitro Único.

En orden de la lógica de las cuestiones planteadas y, a los fines de un adecuado análisis de lo que es el fondo materia de la controversia, el Arbitro Único efectuara el análisis de los Puntos Controvertidos en el orden sucesivo establecido en el Acta correspondientes, es decir lo concerniente a la resolución contractual y la determinación correspondiente a la pretensión indemnizatoria materia del Primero de ellos y luego las pretensiones contenidas en el Segundo y Tercero Puntos Controvertidos. Finalmente el

Arbitro Único en atención a lo establecido por el Artículo 73° de la Ley de Arbitraje determinara lo concerniente a los costos arbitrales.


2. ANÁLISIS DEL PRIMER PUNTO CONTROVERTIDO

Descripción del Punto Controvertido

1. *Determinar si corresponde o no que se cancele a favor de A&F la suma de S/. 168,970.21 más los intereses por concepto de lucro cesante a consecuencia de indemnización de daños y perjuicios derivados de la responsabilidad civil contractual.*

Posición de A&F

Sostiene A&F que, en el curso de la ejecución contractual venía realizando diligentemente los trabajos encomendados conforme a lo convenido y a los requerimientos de la ENTIDAD, lo que se corrobora con las conformidades del servicio de cada prestación efectuada y la cancelación de todas las facturas, con excepción del último servicio prestado y las retenciones que la MUNICIPALIDAD no ha devuelto.



Señala que en el mes de setiembre de 2012 la MUNICIPALIDAD sin mediar razón, se negó a cancelar la contraprestación de S/. 17,789.76 a pesar de contar con la conformidad del servicio y aun luego que le remitió la carta N° 049-2012-A&F del 7 de setiembre de 2012, con la liquidación de ingresos generados del programa de fiscalización tributaria de acuerdo al contrato. Ante el incumplimiento contractual A&F emplazo a la MUNICIPALIDAD con la carta notarial N° 2426 de fecha 15 de octubre de 2012, requiriendo el cumplimiento de la contraprestación no atendida y otorgándole el plazo de 05 días para el pago correspondiente bajo apercibimiento de resolver el Contrato.

Haciendo efectivo el apercibimiento, A&F remitió la Carta Notarial N° 2527 de fecha 31 de octubre de 2012 con la resolución del Contrato, por incumplimiento imputable a la MUNICIPALIDAD que fue debidamente notificada, mas no ha dado respuesta alguna.

La pretensión de indemnización por daños y perjuicios que asciende a la suma de S/. 168,970.21 más los intereses legales, por concepto de Lucro Cesante, nace del incumplimiento que motivó la resolución contractual, que frustró la

posibilidad de dar cumplimiento al contrato por la totalidad del monto adjudicado S/. 398,000.00 y solo se pudo ejecutar hasta por la suma de S/. 229,029.79.

Según A&F la actuación de la MUNICIPALIDAD demanda, configura el supuesto de aplicación de lo dispuesto en el Artículo 1321°¹³ del Código Civil y satisface los elementos constitutivos de la responsabilidad civil, la imputabilidad, la licitud o antijuricidad, el factor de atribución, el nexo causal y el daño, reconocidos por gran parte de la Doctrina nacional e internacional.

Posición de la MUNICIPALIDAD

Como se ha anotado previamente, la MUNICIPALIDAD no absolvió el traslado de la demanda, por lo que inicialmente no fijó su posición frente a las pretensiones de A&F, no obstante luego de la Audiencia de Conciliación, Sanearamiento Fijación y Determinación de Puntos Controvertidos, ofreció medios probatorios y puso de manifiesto las alegaciones en defensa de la institución.

La MUNICIPALIDAD señala que de acuerdo a los *Términos de Referencia — TDR* para la contratación del servicio de fiscalización objeto de la Adjudicación Directa Pública N° 01-2011-MPCH, que dio lugar al otorgamiento de la buena Pro a favor de A&F, las deudas por recuperar correspondían a aquellas no prescritas a la fecha en se dio la adjudicación y el contrato; es decir a partir del año 2005 hasta el I Trimestre Tributario del año 2011.

En cuanto al monto total de las deudas por recuperar de S/. ~~1'990.000.00~~ corresponde a aquellas correspondientes a los años 2005, 2006, 2007, 2008, 2009, 2010 y el I Trimestre Tributario, monto calculado y determinado a la fecha de "suscripción de la Adjudicación Directa Pública y conforme a lo presentado en los *Términos de Referencia*". Sobre la vigencia del Contrato la MUNICIPALIDAD que "se encontrara vigente hasta que se haya completado el monto total adjudicado y se emita la conformidad de la última prestación".

La MUNICIPALIDAD sostiene por el servicio de fiscalización, solo debió liquidar y cancelar la comisión del 20 % pactado, por la cartera recuperada de

¹³ 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".

los años 2005 hasta el mes de marzo del año 2011 y que A&F tenía un plazo no mayor a doce meses para recuperar la cartera pesada determinada ascendente a S/. 1'990,000.00, no obstante desde la fecha de suscripción del contrato hasta la fecha en que lo resolvió *"ya ha transcurrido más de doce meses (...) se estaría incumpliendo (...) ya que a esa fecha aún existían contribuyentes que mantenían deuda pendiente (...) y también por no haber agotado el monto contratado a recuperar o recaudar"*.

Es así, según la MUNICIPALIDAD que A&F, erróneamente ha realizado labores de fiscalización y recaudación por todo el Ejercicio Fiscal 2011 y el Ejercicio Fiscal 2012, no comprendidos en los términos de referencia – TDR y que ha realizado pagos demás que tendrá que devolver. Se sustenta la MUNICIPALIDAD en el mérito del Informe Especial N°362-2013-CG/ORCI-EE, de la Oficina Regional de Control de Ica de la Contraloría General de la República¹⁴, que indica que se *"efectuaron pagos irregulares por la suma de S/. 100,630.49 (...), que incluyeron el cobro de deudas tributarias generadas a partir de abril del 2011 a agosto del 2012, las mismas que no correspondían, contraviniendo (...) las Bases Administrativas de la Adjudicación Directa Publica N°001-2011-MPCH,(...)la base estimada a recaudar de S/. 1'990,000.00 (...). fue calculada a marzo del 2011 (...) solo le correspondía efectuar el cobro de deudas vencidas y no prescritas de los periodos enero del 2005 a marzo del 2011"*.(Informe Especial N°362-2013-CG/ORCI-EE, II FUNDAMENTOS DE HECHO, último párrafo de la página 3).

Decisión del Tribunal Arbitral

Conviene al caso tener presentes algunos conceptos útiles, frente al alegado incumplimiento de las obligaciones, que afecta al objetivo común de las partes al

¹⁴ Es del caso anotar que el periodo de la elaboración y tramitación del Informe Especial N°362-2013-CG/ORCI-EE, de la Oficina Regional de Control de Ica de la Contraloría General de la República, coincide con la tramitación del proceso arbitral materia del presente Laudo, iniciada con la solicitud arbitral comunicada a la MUNICIPALIDAD el 2 de noviembre de 2012, configurándose el supuesto de vulneración, aplicable al arbitraje, del Artículo 139.2 de la Constitución, que en su parte pertinente, dispone: *"(...) Ninguna autoridad puede avocarse a causas pendientes ante el órgano jurisdiccional ni interferir en el ejercicio de sus funciones (...)"*.

establecer el vínculo contractual como efecto natural del contrato; en este orden el derecho contempla diversos remedios, algunos se orientan al cumplimiento de las obligaciones buscando el restablecimiento de la base del negocio; otros, la rescisión y la resolución¹⁵, más bien a la desaparición del vínculo contractual.

El elemento diferencial entre ambos institutos: la rescisión busca la supresión de los efectos del contrato debido a la existencia de circunstancias injustas derivadas de la ineficiencia de este; con la resolución se produce la cesación futura de los efectos del contrato válido por circunstancias sobrevinientes a él. Nuestro ordenamiento civil distingue entre la rescisión y la resolución de los contratos¹⁶.

A los fines de resolver este punto en controversia es del caso anotar el marco de referencia legal aplicables a la resolución contractual, así el Artículo 1361° del Código Civil, de aplicación al caso por disposición expresa de la CLAUSULA DECIMO QUINTA: MARCO LEGAL DEL CONTRATO¹⁷, prescribe que los contratos son obligatorios en cuanto se haya expresado en ellos, presumiéndose que la declaración expresada en el contrato responde a la voluntad común de las partes y que la que niegue esa coincidencia debe probarla; estando a que el Artículo 1362° del mismo indica que los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe y la común intención de las partes, cuando se incumplen las obligaciones contractuales se origina la resolución del contrato, esto es, se extingue el mismo y es procedente la aplicación de las penalidades y las indemnizaciones previstas en el contrato y/o en la norma legal pertinente (salvo las excepciones por imposibilidad, caso fortuito o fuerza mayor de los Artículos 1314°, 1315° y 1316° del mismo Código).

En los contratos bilaterales con prestaciones recíprocas, cuando una de las partes falta al cumplimiento de sus prestaciones la otra parte puede solicitar el cumplimiento o la resolución del contrato (Artículo 1428° del Código Civil); pero cuando está pactada la "*condición resolutoria expresa*" o ella está determinada

¹⁵ Rescisión del latín "*scindere*": rasgar y resolución del latín "*solvere*": desatar desligar.

¹⁶ Código Civil

Artículo 1370°.- La rescisión deja sin efecto un contrato por causal existente al momento de celebrarlo
Artículo 1371°.- la resolución deja sin efecto un contrato valido por causal sobreviniente a su celebración.

¹⁷ CLÁUSULA DÉCIMA QUINTA: MARCO LEGAL DEL CONTRATO

En lo no previsto en este contrato, en la ley y el reglamento, serán de aplicación las disposiciones pertinentes del código civil vigente y demás normas concordantes.

por ley, la parte que se perjudique con el incumplimiento de la otra puede requerirla mediante carta notarial para que satisfaga su prestación dentro de un plazo no menor de 15 días, bajo apercibimiento que, en caso contrario, el contrato quede resuelto. Si la prestación no se cumple dentro del plazo concedido el contrato se resuelve de pleno derecho, quedando a cargo del deudor la indemnización por daños y perjuicios (Artículos 1428°, 1429° y 1430° del Código Civil).

El inciso c) del Artículo 40°¹⁸ de la LCE señala que la resolución por incumplimiento opera de pleno derecho previo el requerimiento remitido por carta notarial, si es que el contratista incumple sus obligaciones y la Entidad hace la observación correspondiente del incumplimiento, esto es, formula la intimación o requerimiento, conforme lo disponen los artículos 168° y 169° del Reglamento.

En caso de no corregirse este incumplimiento, la Entidad podrá resolver el contrato remitiéndole al contratista una carta notarial manifestando su decisión de resolver y el motivo que la justifique. El contrato quedará resuelto, de pleno derecho, a partir de la recepción por el contratista de dicha comunicación. Igual derecho tiene el contratista frente a la Entidad por el incumplimiento de ésta de sus obligaciones esenciales.

Los artículos 168° y 169° del Reglamento también contienen, respectivamente, las causales de resolución y la forma y modo para requerir el cumplimiento de prestaciones insatisfechas o defectuosas, dividiéndose las obligaciones en ~~esenciales~~, legales y reglamentarias.

Vemos, pues, que la normatividad legal peruana respecto a los contratos celebrados por entidades estatales, (la que comprende básicamente la Ley de Contrataciones del Estado, su Reglamento y el Código Civil), ha adoptado, respecto a la resolución de los contratos, el principio de la condición resolutoria


¹⁸ LCE Artículo 40.- Cláusulas obligatorias en los contratos

Los contratos regulados por la presente norma incluirán necesariamente y bajo responsabilidad cláusulas referidas a:

c) Resolución de contrato por incumplimiento: En caso de incumplimiento (...). El contrato queda resuelto de pleno derecho a partir de la recepción de dicha comunicación por el contratista. Igual derecho asiste al contratista ante el incumplimiento por la Entidad de sus obligaciones esenciales, siempre que el contratista la haya emplazado mediante carta notarial y esta no haya subsanado su incumplimiento.

expresa consignada obligatoriamente en los contratos por mandato del citado inciso c) del Artículo 40° de la norma acotada.

Dicha condición se compone de un requerimiento previo y de una comunicación de resolución remitida notarialmente que opera, a su recepción, de pleno derecho, sin necesidad de declaración judicial previa. Alterini¹⁹ afirma al respecto: *"no cumplida la prestación, el acreedor podrá requerir al incumpliente el cumplimiento de su obligación. Fracasado este requerimiento quedarán resueltas, sin más, las obligaciones emergentes del contrato"*.



Dentro del principio de la condición resolutoria expresa adoptado por la normativa legal peruana a que se hace referencia, el legislador no ha querido que la resolución se aplique indiscriminadamente ni por causas irrelevantes, bajo el criterio favorable a la preservación del contrato hasta donde sea razonablemente posible, teniendo en cuenta que, al ser la resolución de pleno derecho, ésta actúa de modo inmediato (Artículo 1429° el Código Civil y 40° de la LCE) y es, pues, casi irreversible en la mayor parte de las veces; de modo tal que, generalmente, ya no revive el contrato resuelto quedando por dilucidar únicamente, en la vía arbitral, si la resolución es justa o no y, en esa situación, a quien corresponde asumir el pago de la indemnización correspondiente.

Para abordar el examen de la cuestión o más bien cuestiones controvertidas específicas del Punto Controvertido anotado, es conveniente establecer los tópicos controversiales que este comprende y que deben ser dilucidados; así tenemos que de él se desprende que correspondería:

- i) Determinar si la MUNICIPALIDAD incumplió sus obligaciones injustificadamente.
- ii) Determinar si la resolución del Contrato cumplió con la forma y fondo respectivos.
- iii) Determinar si la resolución del Contrato genera la obligación de indemnización demandada.

Previo al análisis de los tópicos identificados, es del caso anotar que en el curso del proceso arbitral, han quedado acreditados algunos hechos o situaciones

¹⁹ ALTERINI, Atilio ~~Anibal~~ - Contratos Civiles-Comerciales-De Consumo - Teoría General - Abeledo - Perrot, Bs Aires, pág. 506.

respecto de los cuales no hay controversia, lo que conviene reseñar como cuestión útil a los fines del pronunciamiento, dado que se constituyen en elementos válidos para sustentar el análisis del Tribunal Arbitral. Así de la cronología de los hechos recogidos en la documentación y hechos acreditados en el proceso, tenemos que no hay discusión en cuanto a que:

- i) La MUNICIPALIDAD no efectuó el pago de los servicios de A&F por el mes de setiembre de 2012.
- ii) A&F emplazo a la MUNICIPALIDAD para resolución del Contrato por incumplimiento de obligaciones y pidió subsanación.
- iii) A&F resuelve el Contrato alegando incumplimiento de obligaciones por parte de la MUNICIPALIDAD.

En orden a dilucidar si la MUNICIPALIDAD incumplió o no sus obligaciones contractuales, es de señalar que CLAUSULA CUARTA: FORMA DE PAGO²⁰ del Contrato, establece el procedimiento a que debe sujetarse el pago de las prestaciones pactadas; constituyendo la conformidad del servicio, que importa el cumplimiento o no de la prestación, elemento crucial para la exigibilidad del mismo.

La conformidad del servicio se regula por lo establecido en el Artículo 176°²¹ del Reglamento, sin embargo en el caso bajo examen, dado que A&F ha acreditado la conformidad del servicio correspondiente, con el Informe N° 372-2012-JR/MPCH²² del Gerente de Rentas, sin que la MUNICIPALIDAD haya manifestado objeciones, queda establecida la exigibilidad de la obligación.

Ahora bien, al haberse dado la conformidad del servicio correspondía efectuar el pago en el plazo previsto en la propia CLAUSULA CUARTA, en el plazo no mayor de 10 días establecido además en el Artículo 181° del Reglamento.

²⁰ **CLAUSULA CUARTA: FORMA DE PAGO**

LA ENTIDAD se obliga a pagar la contraprestación (...) el plazo de Diez (10) días hábiles, (...), según lo establecido en el artículo 181° del Reglamento de la Ley (...), para tal efecto, el responsable de dar la conformidad de la prestación deberá hacerlo en un plazo que no excederá de los diez (10) días de ser estos recibidos.

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, contado desde la oportunidad en el que el pago debió efectuarse.


²¹ **Artículo 176°.- Recepción y conformidad**

"De existir observaciones se consignaran en el acta respectiva, indicándose claramente el sentido de estas, dándose al contratista un plazo prudencial para su subsanación, (...)"

²² Anexo 1.E de la demanda.

Así las cosas en cuanto a la primera parte del antes identificado tópico controversial i), el Arbitro Único ha arribado a la convicción que, de acuerdo al procedimiento previsto en el Contrato y la norma de aplicación respectiva, ha quedado acreditado el incumplimiento de obligaciones por parte de la MUNICIPALIDAD.

En cuanto a si la MUNICIPALIDAD incumplió el Contrato injustificadamente, o lo que es lo mismo si la causa alegada por A&F para resolver el Contrato es causa justa, lo que atañe a la segunda parte del tópico i) antes anotado, debemos discernir sobre el contenido de las obligaciones mutuamente comprometidas por las partes en el mismo. El argumento de defensa esgrimido por la Entidad, que se constituye en el meollo de la cuestión controvertida, apunta en el sentido que A&F no habría cumplido sus obligaciones con sujeción a Términos de Referencia de la convocatoria del proceso de selección, lo que a su vez importaría que la falta de pago podría sustentarse en ausencia de obligación.



Del texto del Contrato tenemos que su objeto, según la CLAUSULA SEGUNDA: OBJETO²³, es el Servicio de fiscalización en materia tributaria y administrativa; de lo señalado en la CLAUSULA TERCERA: MONTO CONTRACTUAL²⁴, tenemos que el monto pactado como contraprestación por el servicio, ascendente a S/. 398,000.00, incluye costo, seguros, impuestos y todo aquello necesario para la correcta ejecución contractual.

Por otro lado las BASES INTEGRADAS²⁵ del proceso de selección, incorporadas al expediente por la MUNICIPALIDAD con su escrito de 29 de mayo de 2013, señalan como objeto de la convocatoria la recuperación de deudas de "los

²³ CLAUSULA SEGUNDA: OBJETO

Servicio de fiscalización que comprende materia tributaria y administrativa Municipalidad Provincial de Chincha.

²⁴ CLAUSULA TERCERA: MONTO CONTRACTUAL

El monto total del servicio materia del presente contrato asciende a S/. 398,000.00 (Trescientos Noventa y Ocho Mil con 00/100 Nuevos Soles) a todo costo, incluido IGV.


Este monto comprende el costo del servicio, seguros e impuestos, así como todo aquello que sea necesario para la correcta ejecución metería del presente contrato.

²⁵ BASES INTEGRADAS, Adjudicación Directa Pública N° 01-2011-MPCH, CAPITULO I, GENERALIDADES. 1.3 OBJETO DE LA CONVOCATORIA:

".....; las deudas a recuperar deberá incluir los periodos tributarios que no se encuentren prescritos y que en el momento de la ejecución del contrato la obligación tributaria y/o administrativa se encuentren vencidos por incumplimiento de pago de la obligación sustancial o incumplimiento de la obligación formal..".

periodos tributarios que no se encuentren prescritos y que en el momento de la ejecución del contrato” correspondan a obligaciones vencidas por incumplimiento de pago.

De lo anotado es evidente que la afirmación de la MUNICIPALIDAD respecto a que acorde con los términos de referencia la fiscalización contratada con A&F comprendía solo la cartera a recuperar de desde el año 2005 hasta el mes de marzo del año 2011 y que en consecuencia solo debió liquidar y cobrar la comisión del 20 % pactado, por aquellos tributos municipales recuperados en el periodo indicado, no tiene fundamento en el contenido y letra del Contrato como tampoco en los términos de referencia incluidos en las Bases Integradas de la Convocatoria al proceso de selección que constituyen parte integrante del mismo, habida cuenta que la limitación respecto de los tributos posteriores a marzo del año 2011(I Trimestre) no existe y no puede inferirse de los documentos antes glosados.



Cabe indicar que existe en el Informe N° 80-2011-MPCH de la Gerente de Rentas acompañado por la MUNICIPALIDAD con su escrito de 29 de mayo de 2013 la referencia al *“monto estimado a recaudar de S/. 2'000,000.00..”* y asimismo en el Informe Especial N°362-2013-CG/ORCI-EE²⁶, de la Oficina Regional de Control de Ica se hace referencia a que, en las bases administrativas se señala el valor estimado de los tributos impagos calculados hasta marzo de 2011(S/.1'990,000.00), y que *“se tiene”* que a A&F *“le correspondía recuperar las deudas vencidas y no prescritas de los tributos generados desde enero de 2005 hasta marzo de 2011”*, mas como hemos anotado lo consignado en los documentos citados no se sustenta en el contenido del Contrato y sus documentos integrantes y no aporta valor alguno a la equivocada posición de la MUNICIPALIDAD.

Esta errada posición parece originada por una particular interpretación del texto de las Bases Administrativas cuando hacen referencia a *“el momento de la ejecución del contrato”* lo que se pretende interpretar como una referencia a la fecha de cálculo del monto a recuperar (marzo de 2011), sin considerar que la

²⁶ El Informe Especial N°362-2013-CG/ORCI-EE como sustento de esta afirmación glosa el Informe N° 80 2011-MPCH ya citado y los Informes N° 387- 2012-GR-GG/MPCH y N°063- 2013-GR-GG/MPCH de la Gerencia de Rentas del 20 de setiembre de 2012 y 12 de febrero de 2013.

41
ejecución del contrato es continuada desde el inicio de su vigencia y hasta completar el monto adjudicado²⁷, que no es otra cosa que el monto de la prestación pactado en S/. 398,000.00, como ya se ha anotado y no constituye cuestión controvertida al punto que el propio Informe Especial lo señala en esos términos²⁸. Desde esa perspectiva se desvanece también las alegaciones de la MUNICIPALIDAD respecto de un presunto incumplimiento de obligaciones por parte de A&F, así como lo referido a que habría percibido montos mayores a las labores contratadas, lo que en modo alguno se condice con el Contrato, la ejecución del mismo y lo actuado en el proceso, que no refleja incumplimiento alguno por su parte.

Es de resaltar que en el curso del proceso se ha establecido fuera de toda duda que la MUNICIPALIDAD realizó sucesivos pagos previa conformidad de los servicios prestados sin hacer referencia a duda o incumplimiento de las obligaciones de A&F, como tampoco respecto de la interpretación del Contrato en los términos que constituyen el alegato principal de su posición en el proceso, lo que nos lleva a considerar que hay en el presente caso una conducta reiterada en un sentido que no puede ser desconocida por la MUNICIPALIDAD, siendo de aplicación lo que en la doctrina denomina se denomina los actos propios, *principio interpretativo* invocado por el Arbitro Único.

Como conclusión de lo discernido, el Arbitro Único ha arribado a la convicción que el incumplimiento de la MUNICIPALIDAD, la falta de pago que motivo el emplazamiento y posterior resolución del contrato, es injustificado y en consecuencia se constituye en causa justa de la determinación de A&F, y se ajusta a lo establecido en la CLÁUSULA DECIMO PRIMERA y los Artículos 40 inciso c) y 44 de la LCE y los Artículos 167, 168 y el procedimiento del Artículo 169²⁹ del Reglamento, teniendo en consideración que en cuanto a la forma, el

²⁷ CLÁUSULA QUINTA: INICIO Y CULMINACION DE LA PRESTACION

"El plazo de ejecución de la prestación se extenderá desde el día siguiente de la firma del contrato hasta completar el monto adjudicado."

²⁸ Informe Especial N°362-2013-CG/ORCI-EE, II FUNDAMENTOS DE HECHO, parte final del último párrafo de la página 3. "celebrándose el contrato respectivo cuya vigencia y culminación estaba supeditada hasta completar el monto adjudicado de S/. 398,000.00".

²⁹ Artículo 169°

plazo otorgado con la carta de emplazamiento, Carta Notarial N° 2426 - 2012 del 16 de octubre de 2012, se ajusta a la norma.

En ese orden de ideas, siendo el supuesto de la resolución del vínculo contractual reside en el incumplimiento de obligaciones y como ya hemos anotado, se ha acreditado tal incumplimiento, la cuestión de fondo igualmente se ajusta a la norma, considerando que la falta de pago debe reputarse como un incumplimiento esencial del Contrato, habida cuenta que la contraprestación económica es la necesariamente la más importante sino la única obligación establecida expresamente a cargo de la MUNICIPALIDAD, con lo que queda satisfecho el tópico controversial ii) relativo a la determinación de si la resolución del Contrato cumplió con la forma y fondo respectivos.

En cuanto al tópico controversial iii) relativo a la determinación de si la resolución del Contrato por causa justa, genera la obligación de indemnización demandada.

Como conocemos, el artículo 1321³⁰ del Código Civil señala quien no cumple sus obligaciones por dolo, culpa inexcusable o culpa leve, está sujeto a la indemnización de daños y perjuicios. Ahora bien, conceptualmente, para que puedan ser reconocidos e indemnizados los daños que reclama A&F, los mismos que emanan de relación contractual, deben satisfacerse determinadas condiciones:

- a. Tienen que haberse producido efectivamente los daños y perjuicios reclamados,
- b. Los daños deben derivarse de la inejecución de obligaciones durante el desarrollo de un contrato, ser de naturaleza antijurídica,
- c. Debe existir una relación de causalidad entre el daño producido y los actos que lo habrían originado.

"si alguna de las partes falta al cumplimiento de sus obligaciones, la parte perjudicada deberá requerir mediante carta notarial para que las satisfaga en un plazo no mayor a cinco (5) días bajo apercibimiento de resolver el contrato (...)

Si vencido dicho plazo el incumplimiento continúa, la parte perjudicada resolverá el contrato en forma total o parcial comunicando mediante carta notaria la decisión de resolver el contrato (...)"

³⁰ CODIGO CIVIL

"Artículo 1321°.- Queda sujeto a la indemnización de daños y perjuicios quien no ejecuta sus obligaciones por dolo, culpa inexcusable o culpa leve. (...)"

Con respecto al punto a. ya hemos anotado las alegaciones de A&F en su demanda. De los elementos aportados en el curso del proceso, el Árbitro Único estima verosímil la existencia del daño proveniente de la falta de pago de los 416 trabajos efectuados y no atendidos³¹ por la MUNICIPALIDAD, así como fundamentalmente por los ingresos que no percibió por no habersele permitido continuar prestando sus servicios hasta a la conclusión del Contrato, es decir específicamente el monto pendiente de ejecutar por S/.168,970.21 que se constituye en el lucro cesante reclamado. Siendo ello así a juicio del Árbitro Único queda satisfecha en la condición en comentario.

Con respecto al punto b. en torno a si los hechos dañosos identificados son producto de una relación contractual, comencemos por anotar que la determinación del daño tiene diversas acepciones. En efecto, Guillermo Cabanellas³² lo define como *"el detrimento, perjuicio o menoscabo que se recibe por culpa de otro en la hacienda o persona. El daño puede causarse por dolo o malicia, por culpa o por caso fortuito"*.

En el mismo sentido, Ferri³³ precisa aún más el concepto, al establecer que:

"(...) el daño no puede ser entendido como la lesión de un interés protegido, por cuanto ello resulta equívoco y substancialmente impreciso. El daño más bien incide en las consecuencias, aquellos efectos negativos que derivan de la lesión del interés protegido (...)".

El daño entonces es la diferencia valorable económicamente, que se produce teniendo en cuenta el estado en que el patrimonio se encuentra después del hecho dañoso y la situación en que se encontraría si el hecho dañoso no se hubiere producido;

De lo expuesto, podemos concluir en que, el daño se genera por los actos ilícitos o antijurídicos que sobrepasan los límites de sus propios derechos, avasallando los de los demás y por las consecuencias que ellos producen en la esfera del afectado. A estos actos debemos denominarlos como comportamiento dañoso. Entonces, el comportamiento dañoso generador de responsabilidad civil

³¹ El monto reclamado por las labores correspondientes al mes de setiembre de 2012, son objeto de la pretensión contenida en el Segundo Punto Controvertido.

³² CABANELLAS, Guillermo. *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*. 1ª Ed. Editora Atalaya, p. 152.

³³ FERRI, G.B. Citado por ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *El Tratamiento de los Derechos de la Persona en el Código Civil Peruano de 1984*. 2ª Ed., p. 273.

constituye un hecho antijurídico, entendiendo este último concepto como la contravención del ordenamiento jurídico que lesiona sin causa justificada la esfera jurídica ajena (o también denominado antijuricidad³⁴). Resulta ya demostrado en el proceso que la reclamación de A&F tiene su origen en la conducta equivocada de la MUNICIPALIDAD, es decir producto de un acto antijurídico que no al ejercicio regular de un derecho.

En relación con el punto c. la causalidad o nexo causal, Lizardo Taboada Córdova³⁵ señala que: "la misma es un requisito de toda responsabilidad civil, pues si no existe una relación jurídica de causa efecto entre la conducta típica o atípica y el daño producido a la víctima, no habrá responsabilidad de ninguna clase"

En otros términos, para que la responsabilidad civil proceda, deberá existir un nexo causal entre el hecho del incumplimiento y el daño producido; para cuestiones de inejecución de obligaciones el precitado Artículo 1321º regula la denominada causa próxima o inmediata.

En relación con la consecuencia inmediata, Compagnucci de Caso³⁶ señala que " (...) Es lo que acostumbra a suceder según el curso normal y ordinario de las cosas. (...) En el supuesto del incumplimiento contractual, ..., sería la derivada del propio incumplir, (...) La relación de inmediatez se da entre lo prometido en la convención y el incumplimiento".

En este caso en concreto y de lo desarrollado hasta este punto, siendo que el daño alegado se produjo a partir de la conducta antijurídica de la MUNICIPALIDAD, en tanto que faltó a sus obligaciones contractuales, el pago de los servicios y la imposibilidad de concluir el Contrato como estaba previsto, sin mediar otro hecho o hechos, se concluye que esta conducta fue la causa directa de la producción del daño, esto es, fue la causa inmediata y directa de la producción del mismo. Con lo que queda acreditada la condición relativa a la

³⁴ "Modernamente existe acuerdo en que la antijuricidad, o mejor dicho, que una conducta es antijurídica no sólo cuando contraviene una norma prohibitiva, sino también cuando la conducta viola el sistema jurídico en su totalidad, en el sentido de afectar los valores o principios sobre los cuales ha sido construido el sistema jurídico (...)"

TABOADA CÓRDOVA, Lizardo. *Elementos de la Responsabilidad Civil*. Editora Jurídica Grijley. 2ª Ed., p32.

³⁵ TABOADA CÓRDOVA, Lizardo. Op. Cit., p35.

³⁶ COMPAGNUCCI DE CASO, Rubén. *La Responsabilidad Civil y Relación de Causalidad*. Editorial Astrea; Bs. As; 1984, p. 197.

relación de causalidad entre el daño producido y los actos que lo habrían originado.

Así el Tribunal Arbitral aprecia que los daños y perjuicios ocasionados constituyen una realidad objetiva, su cuantificación vinculada a la parte del monto contractual que A&F no ha recibido ya sea como pago de sus servicios o por cuanto no los percibió por no haber podido prestar sus servicios hasta la conclusión del Contrato. 418

Así, el Arbitro Único establece que existe responsabilidad civil que la MUNICIPALIDAD debe atender y el corresponde a A&F la indemnización por concepto de lucro cesante en la suma ascendente a S/. 168,970.21; considerando que el monto adjudicado según contrato asciende a S/.398,000.00, de lo que se debe detraer el monto facturado con conformidad de servicio (S/. 211,240.03), el monto no facturado con conformidad de servicio (S/. 17,789.76 materia del Segundo Punto Controvertido), haciendo un total ejecutado de S/. 229,029.79, quedando como saldo por ejecutar del monto contratado, el lucro cesante reclamado de S/.168,970.21.

En relación con el reclamo de intereses, el Artículo 1246° del Código Civil establece que si los contratantes no pactan el pago de un interés moratorio, el deudor se encontrará obligado al pago de un determinado tipo de interés por causa de mora, que según sea el caso, se tratará del interés compensatorio (pactado) o del interés legal³⁷. El artículo 1244° del CC, precisa que la tasa de interés legal será fijada por el Banco Central de Reserva del Perú.

Al tratarse de una obligación de dar suma de dinero, los intereses moratorios deben computarse desde la fecha en que se intimó en mora al demandado para el pago de la obligación, conforme al Artículo 1334°³⁸ del CC; por lo que los intereses se devengan desde la fecha en que la MUNICIPALIDAD fue emplazada con la demanda de A&F³⁹.

³⁷ OSTERLING PARODI, Felipe y Mario CASTILLO FREYRE. *Compendio de Derecho de las Obligaciones*. Lima: Palestra Editores S.A.C., 2008, p. 533.

³⁸ "Artículo 1334.- En las obligaciones de dar suma de dinero cuyo monto requiera ser determinado mediante resolución judicial, hay mora a partir de la fecha de la citación con la demanda (...)."

³⁹ Al efecto la referencia a la citación con la demanda en materia arbitral, se entenderá referida a la recepción de la solicitud para someter la controversia a arbitraje, conforme a lo dispuesto en la Octava Disposición Complementaria de la Ley de Arbitraje, aprobada por Decreto Legislativo N° 1071.

3. ANALISIS DEL SEGUNDO PUNTO CONTROVERTIDO

3.1. Descripción del punto controvertido

2. *Determinar si corresponde o no que la ENTIDAD pague la suma de S/. 17,789.76 más los respectivos intereses, por concepto del servicio de fiscalización prestado y/o realizado.*

41

Posición de A&F

La pretensión se sustenta en la falta de pago de la suma de S/ 17,789.76 como contraprestación del servicio cumplido y debido a que la MUNICIPALIDAD, sin mediar motivo no cumplió con cancelar en su oportunidad, no obstante existir la conformidad del servicio otorgada con el Informe N° 372-2012-JR/MPCH40 de fecha 07 de setiembre de 2012, suscrita por el Gerente de Rentas.

Según A&F la MUNICIPALIDAD no dio explicación, por escrito, que justifique la no cancelación de dicho servicio y por el contrario al no haberse enviado la documentación al Área de Abastecimientos, se impidió la presentación de la factura para el pago del servicio prestado. Ante ello dice A&F envió a la MUNICIPALIDAD la Carta N° 049-2012-A&F41 del 07 de setiembre de 2012, con la liquidación de ingresos generados del programa de fiscalización tributaria, de acuerdo al contrato con la finalidad de que se cancele la suma adeudada y que jamás se obtuvo respuesta.

En razón de lo anotado A&F estima totalmente procedente se le cancele el servicio prestado en cumplimiento del contrato sin observación, conforme detalla en el cuadro N° 3 incorporado en su demanda como Anexo 1.T.

Posición de la MUNICIPALIDAD

Conforme se señaló previamente, la MUNICIPALIDAD no absolvió el traslado de la demanda, sin embargo con escritos posteriores a la Audiencia de Conciliación, Saneamiento Fijación y Determinación de Puntos Controvertidos,


⁴⁰ Anexo 1.E de la demanda.

⁴¹ Anexo 1.F de la demanda.

442
fijo su posición frente a las pretensiones de A&F, ofreció medios probatorios y formulo alegaciones al respecto.

42
Si bien la MUNICIPALIDAD no se refiere específicamente a la pretensión contenida en el punto controvertido en examen, de sus alegaciones debemos inferir que la falta de pago acusada por A&F podría deberse a la limitación del ámbito de la fiscalización, desde el año 2005 hasta marzo del año 2011, que corresponde a la interpretación del Contrato que ha esgrimido en el proceso y que refiere un exceso en los pagos efectuados por haberse comprendido en las liquidaciones deudas recuperadas correspondientes a periodo posterior al indicado.

La MUNICIPALIDAD ha manifestado que A&F no ejecuto de manera adecuada los términos del Contrato y los Términos de Referencia — TDR, por lo que erróneamente habría realizado pagos en exceso que deberían ser calculados y determinados, y que en todo caso dicha empresa tendrá que devolver.

 Cabe señalar que la MUNICIPALIDAD no ha negado que el servicio de fiscalización se haya prestado efectivamente, el cuestionamiento parece estar referido a la pertinencia del mismo y consecuentemente su cancelación.

Decisión del Tribunal Arbitral

Con el ánimo de dilucidar si la MUNICIPALIDAD debe cumplir con el pago la suma de S/. 17,789.76 más los respectivos intereses, por concepto del servicio de fiscalización efectivamente prestado, materia de la pretensión, se deben considerar dos aspectos, el primero relativo a la efectiva prestación del servicio y la conformidad del mismo. El segundo aspecto a considerar es la pertinencia de dicho pago.

Se ha señalado que la prestación del servicio está fuera de duda en tanto que no ha sido negado por la MUNICIPALIDAD más esto como la pertinencia del pago ha sido materia de examen en el curso de la dilucidación de la pretensión contenida en el PRIMER Punto Controvertido desde la perspectiva de la obligación cuyo incumplimiento fue objeto de emplazamiento y luego condujo a la resolución del Contrato.

Así, se ha establecido que cumplida la prestación, la MUNICIPALIDAD dio su conformidad al servicio, con el Informe N° 372-2012-JR/MPCH del Gerente de Rentas, conforme a lo establecido en la CLAUSULA CUARTA: FORMA DE PAGO del Contrato, que señala el procedimiento a que deben sujetarse el pago de las prestaciones pactadas, en armonía con lo establecido en el Artículo 176° del Reglamento, sin que la MUNICIPALIDAD haya manifestado objeciones, quedando establecida la exigibilidad de la obligación.

Se ha establecido también al hacerse el análisis de la resolución contractual, que al haberse dado la conformidad del servicio correspondía efectuar el pago en el plazo previsto en el plazo no mayor de 10 días establecido además en el Artículo 181°⁴² del Reglamento y en la misma CLAUSULA CUARTA. Como se ha señalado la MUNICIPALIDAD incumplió con el pago de la obligación, sin justificación por lo que es pertinente disponer el cumplimiento de la misma, amparando la pretensión de A&F.

En relación con el reclamo de intereses, debe estarse a lo discernido respecto del mismo extremo de la pretensión contenida en el PRIMER Punto Controvertido, con la atingencia que tratándose del retraso en el pago de una contraprestación económica pactada, en aplicación del párrafo final del Artículo 181° del Reglamento concordante con el Artículo 48° de la LCE, los intereses moratorios deben computarse desde la fecha en que debió efectuarse el pago.

4. ANALISIS DEL TERCER PUNTO CONTROVERTIDO

Descripción del punto controvertido

Determinar si corresponde o no que la ENTIDAD pague la suma de S/. 16,356.81 más los respectivos intereses, por concepto de la garantía de fiel cumplimiento.

Posición de A&F

La tercera pretensión atiende a que la MUNICIPALIDAD pague el monto que retuvo (el 10%) de los montos cancelados a A&F, como garantía de fiel

⁴² Artículo 181.- Plazos para los pagos

"La Entidad deberá pagar las contraprestaciones pactadas a favor del contratista en la oportunidad establecida en las Bases o en el contrato. (...)

En caso de retraso en el pago, el contratista tendrá derecho al pago de intereses conforme a lo establecido en Artículo 48° de la Ley, contado desde la oportunidad en que el pago debió efectuarse".

444


cumplimiento de conformidad con la CLÁUSULA SÉTIMA: GARANTIAS del Contrato.

428

Señala A&F que luego de resuelto el Contrato, requirió a la MUNICIPALIDAD, con la Carta N° 25-2012/GG de fecha 06 de noviembre de 2012, la devolución de los montos retenidos como garantía de fiel cumplimiento, ascendente a la suma de S/.16,356.81, no habiendo obtenido respuesta algún sobre dicho pedido.

Asimismo, A&F precisa que el monto a devolver se sustenta en las copias legalizadas de las facturas y depósitos acompañados con la demanda, en prueba indubitable que la retención se produjo y que el monto entregado es menor al monto facturado conforme detalla en el Cuadro N° 2, acompañado como Anexo 1.S de su escrito de demanda

Posición de la MUNICIPALIDAD



Se ha indicado previamente que la MUNICIPALIDAD no absolvió el traslado de la demanda, mas con escritos posteriores a la Audiencia de Conciliación, Saneamiento Fijación y Determinación de Puntos Controvertidos, fijo su posición frente a las pretensiones de A&F, ofreció medios probatorios y formulo sus alegaciones al respecto.

La MUNICIPALIDAD en sus alegaciones no hace referencia expresa a la retención de montos en garantía de fiel cumplimiento del Contrato; empero del contexto de sus argumentaciones en el proceso, es plausible entender que, si bien no ha negado la devolución del monto retenido, ella estaría supeditada a la legalidad de los pagos efectuados a A&F, en el contexto de la alegada interpretación del Contrato con la limitación del ámbito de la fiscalización, desde el año 2005 hasta marzo del año 2011 y el supuesto de exceso de pagos por haberse liquidado comisiones sobre recupero de deudas de periodo posterior al contratado. La MUNICIPALIDAD no ha negado la cuantía de lo retenido.

Decisión del Tribunal Arbitral

La determinación del pago o en rigor devolución, del monto ascendente a la suma de

S/. 16,356.81 más los respectivos intereses, retenido como garantía de fiel cumplimiento del Contrato, al amparo de lo pactado en la CLAUSULA SÉTIMA: GARANTIAS, está vinculada y resulta en una consecuencia de la resolución del Contrato por causal imputable a la MUNICIPALIDAD.

42

Conforme se ha discernido en el examen de la pretensión contenida en el PRIMER Punto Controvertido, el Contrato se resolvió por incumplimiento injustificado de obligaciones imputable a la MUNICIPALIDAD, lo que llevado al Árbitro Único a formar convicción en el sentido de establecer a favor de A&F indemnización de daños; de donde es inevitable establecer que resuelto el vínculo contractual corresponde la devolución de la garantía conforme a lo establecido en la citada CLAUSULA SÉTIMA: GARANTIAS, máxime si se ha establecido que no hay responsabilidad u obligación que deba ser garantizada. Siendo ello así, corresponde amparar la pretensión de pago de A&F, que en rigor constituye una devolución, del monto retenido ascendente a la suma de S/. 16,356.81. más los respectivos intereses

En relación con el extremo de los intereses, es de aplicarse el mismo criterio ya discernido previamente, con ocasión del análisis del PRIMER Punto Controvertido.

5. ANALISIS DEL CUARTO PUNTO CONTROVERTIDO

Descripción del punto controvertido

Determinar a quién corresponde el pago de las costas y costos del proceso arbitral.

Posición de A&F

Señala A&F que la MUNICIPALIDAD ocasionó el presente proceso arbitral y que ha sufragado diversos gastos, por la contratación de abogado y los gastos del proceso mismo; por lo que debe asumir las Costas y Costos en la suma que se determine con la liquidación del total de los gastos hasta el momento de la culminación (archivo) del presente proceso.

Posición de la ENTIDAD

En las alegaciones de la MUNICIPALIDAD, no hay referencia alguna relativa a los costos del proceso arbitral y los conceptos que reclama A&F con la presente pretensión; no obstante debe entenderse que la asignación de los costos a la reclamante, está implícita en sus alegaciones ya anotadas que si cuestiona la responsabilidad que se le imputa y por el contrario formula cuestionamientos a la ejecución contractual a cargo de A&F.

Decisión del Tribunal Arbitral

El Artículo 70° de la Ley de Arbitraje establece que el Tribunal Arbitral fijara en el Laudo los costos del Arbitraje, en aplicación de artículo 73⁴³ de la Ley de Arbitraje, corresponde determinar si se ordena a alguna de las partes, asuma tales costos y en qué proporción.

Atendiendo a que no existe pacto de las partes sobre las costas y costos y considerando que, ambas partes tenían motivos suficientes y atendibles para litigar, habida cuenta que debían defender sus pretensiones en la vía arbitral en vista de la incertidumbre jurídica que existía entre ellas y que motivó el presente arbitraje; corresponde disponer que cada parte asuma directamente los gastos o costos que le corresponden, esto es, sus propios costos y costas de defensa y representación, atendiendo cada una de ellas en un 50% los anticipos de los honorarios arbitrales y de la Secretaría Arbitral, con el correspondiente resarcimiento por la sustitución de pagos de obligación de la contraparte.

Por las razones expuestas, de acuerdo con lo establecido por la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento, como por lo dispuesto en la Ley de Arbitraje, este Tribunal Arbitral, en DERECHO,

LAUDA:

⁴³ Artículo 73°.- Asunción o distribución de costos.

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.

PRIMERO: Declarar **FUNDADA** la pretensión contenida en el PRIMER Punto Controvertido y en consecuencia determinar que corresponde ordenar que la MUNICIPALIDAD PROVINCIAL DE CHINCHA pague a A&F TECNOLOGÍA y SERVICIOS LÍDERES LIDERES S.A., la suma de S/. 168,970.21 por concepto de indemnización de daños y perjuicios la suma de S/. 168,970.21 más los respectivos intereses.

425


SEGUNDO: Declarar **FUNDADA** la pretensión contenida en el SEGUNDO Punto Controvertido y en consecuencia determinar que corresponde que la MUNICIPALIDAD PROVINCIAL DE CHINCHA pague a A&F TECNOLOGÍA y SERVICIOS LÍDERES LIDERES S.A., por concepto del servicio de fiscalización prestado, la suma de S/. 17,789.76 más los respectivos intereses

TERCERO: Declarar **FUNDADA** la pretensión contenida en el TERCER Punto Controvertido y en consecuencia determinar que corresponde que la MUNICIPALIDAD PROVINCIAL DE CHINCHA devuelva a A&F TECNOLOGÍA y SERVICIOS LÍDERES LIDERES S.A., la suma de S/. 16,356.81 retenidos como garantía de fiel cumplimiento, más los respectivos intereses.

CUARTO: DECLARAR que ambas partes, en igual proporción, deberán cubrir el íntegro de los costos y costas del proceso, con devolución de los montos cancelados en sustitución de su contraparte.

Notifíquese a las partes.

Dr. ALFREDO ENRIQUE ZAPATA VELASCO
Arbitro Único


ANTONIO CORRALES GONZALES
Director de Arbitraje Administrativo

Expediente: A 028-13

Demandante: A & F TECNOLOGIA Y SERVICIOS LIDERES S.A.

Demandada: MUNICIPALIDAD PROVINCIAL DE CHINCHA

Tipo de arbitraje: De Derecho

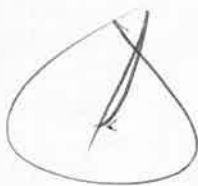
Árbitro Único: Dr. Alfredo Zapata Velasco

Secretaría Arbitral: Dirección Arbitraje Administrativo del OSCE

Resolución N° 17

En Lima a los veinticinco días del mes de noviembre de 2013, el Árbitro Único luego de revisar el escrito de solicitud de rectificación e interpretación de laudo arbitral presentado por A & F TECNOLOGIA Y SERVICIOS LIDERES S.A. de fecha 28 de octubre de 2013 así como el escrito de fecha 19 de noviembre de 2013 presentado por la Municipalidad Provincial de Chincha mediante el cual absuelve el traslado conferido respecto del escrito de A & F Tecnología y Servicios Líderes S.A. referido anteriormente y analizadas las pretensiones planteadas en estos, dicta la siguiente resolución para poner fin a la controversia generada:

1. Atendiendo al pedido contenido en el escrito de fecha 28 de octubre de 2013, debe entenderse que en las 32 hojas de las cuales se compone el laudo arbitral, en todos los casos la denominación social correcta de las partes es A & F TECNOLOGIA Y SERVICIOS LIDERES S.A. y MUNICIPALIDAD PROVINCIAL DE CHINCHA respectivamente.



2. Precísese que en el punto cuarto de la parte resolutive del laudo arbitral, cuando se establece que ambas partes deben cubrir el íntegro de los costos y costas del proceso, con devolución de los montos cancelados en sustitución de su contraparte, el Árbitro Único se refiere a que es la MUNICIPALIDAD PROVINCIAL DE CHINCHA la parte que debe devolver a A & F TECNOLOGIA Y SERVICIOS LIDERES S.A. dichos montos cancelados, los mismos que fueron cubiertos en su integridad por esta última en el marco del desarrollo del proceso arbitral.



ALFREDO ZAPATA VELASCO
ARBITRO UNICO



ANTONIO CORRALES GONZALES
Director de Arbitraje Administrativo