

Arbitraje promovido por:

**Consorcio Repsol YPF Comercial del Perú – Red de Combustibles
Líquidos S.A.C.**

(En adelante “el Consorcio REDCOL-REPSOL”, el “Consorcio” o “el Demandante”)

Contra:

Municipalidad de Santiago de Surco

(En adelante “la Entidad”, “la Municipalidad” o “la Demandada”)

LAUDO

Árbitro Único

RICARDO GANDOLFO CORTÉS

En Lima, el 21 de marzo del 2016, el Árbitro Único, luego de haber concluido las diligencias dispuestas por la Ley y las normas establecidas por las partes, actuados los medios probatorios, escuchado los argumentos expuestos y analizado en detalle las pretensiones planteadas en la demanda, dicta este laudo.

INSTALACION DEL TRIBUNAL ARBITRAL

- I. Con fecha 01 de abril del 2015, en la sede del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado – OSCE se realizó la audiencia de instalación en

los términos que se consignan en el acta respectiva.

DEMANDA

II. Con fecha 17 de abril del 2015, el Consorcio presentó su demanda arbitral, consignando como pretensiones las siguientes:

1. Primera pretensión principal: Que la Municipalidad le pague la suma de Ciento Treinta y Un Mil Cuatrocientos Sesenta y Tres y 62/100 soles (S/. 131,463.62) representados en doce (12) facturas comerciales como consecuencia de la prestación del servicio de provisión de gas licuado de petróleo – GLP a que se refiere el Contrato N° 021-2009-MSS de fecha 11 de febrero del 2009, materia de la Licitación Pública N° 006-2008-MSS (en adelante “el Contrato”).
2. Segunda pretensión principal: Que la Municipalidad le devuelva la Carta Fianza N° 00053287-4 que vence el 30 de enero del 2015 y que fue extendida por la suma de Cuatrocientos Noventa y Tres Mil Setenta y Cinco y 78/100 soles (S/. 493,075.78), emitida por el Banco Internacional del Perú – Interbank, en garantía de la fiel ejecución del Contrato a que se refiere el punto precedente.
3. Primera pretensión accesoria: Que la Municipalidad los indemnice por los daños y perjuicios derivados de la responsabilidad extracontractual que el Árbitro Único determinará al emitir el laudo y que comprenda en materia de lucro cesante lo que el Consorcio ha dejado de percibir como utilidad por la compra de combustible, en materia de daño emergente lo que ha perdido por la indebida retención de la garantía entregada y en materia de daño moral lo que se le ha ocasionado por tener que acudir a un centro de conciliación extrajudicial y a un proceso arbitral con el consecuente desmedro emocional y personal al encontrarse involucrado en una controversia que no ha generado y que no está dentro de sus actividades habituales.

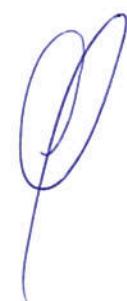
4. Segunda pretensión accesoria: Que la Municipalidad le pague los intereses legales generados por el incumplimiento del pago de las doce facturas comerciales debidamente aceptadas.

FUNDAMENTOS DE HECHO DE LA DEMANDA

III. El Consorcio fundamenta su demanda en los siguientes hechos:

1. Con fecha 27 de enero del 2009 se le otorgó al Consorcio la buena pro de la Licitación Pública a que se refiere el punto II.1 que antecede, convocada por la Municipalidad para adquirir gas licuado de petróleo – GLP.
2. El contrato suscrito el 11 de febrero del 2009 fue ampliado mediante Resolución de Gerencia N° 46-2012-GAF-MSS del 9 de febrero del 2012 para ser finalmente resuelto por el propio Consorcio mediante carta notarial del 3 de setiembre del 2014, oportunidad en la que le dio a la Municipalidad un plazo de cinco días hábiles para cancelar la deuda y le solicitó la devolución de la carta fianza a que se refiere el punto II.2 que antecede y que, de conformidad con la cláusula octava del contrato, debía ser solidaria, irrevocable, incondicional y de realización automática al solo requerimiento a favor de la Entidad.
3. Las facturas cuyo pago el Consorcio le reclama a la Municipalidad son las siguientes:

Número de factura	Fecha de emisión	Importe
001-0150865	21.03.14	S/. 11,274.80
001-0151453	28.03.14	10,894.51
001-0151906	31.03.14	9,172.72
001-0152455	11.04.14	12,212.73
001-0153021	21.04.14	11,482.58
001-0153473	25.04.14	10,194.88
001-0154043	30.04.14	15,967.38



001-0154595	09.05.14	8,364.50
001-0155100	16.05.14	11,403.47
001-0155315	22.05.14	13,210.70
001-0156085	30.05.14	13,411.18
001-0156430	31.05.14	3,874.17
Total		S/. 131,463.62

4. Respecto del lucro cesante reclamado el Consorcio refiere que está constituido por la falta de incremento de su patrimonio, por los ingresos que ha dejado de percibir así como por la indebida retención de la carta fianza N° 00053287-4; por la ganancia patrimonial no obtenida a causa del daño ocasionado, lo que hubiera podido ganar y no ganó distinguiendo que si bien en el daño emergente hay empobrecimiento en el lucro cesante hay un impedimento para el legítimo enriquecimiento.
5. Respecto al daño emergente el Consorcio lo configura por la pérdida de los montos no cancelados de cada una de las facturas emitidas como consecuencia de la venta de combustible lo que ha generado la disminución de su capital así como la imposibilidad de disponer de la suma que ha quedado inamovible en el Banco Internacional del Perú – Interbank en respaldo de la carta fianza emitida.
6. Respecto al daño moral el Consorcio reconoce que si bien éste no se percibe desde el punto de vista patrimonial, al encontrarse disminuidas las ventas debido a la falta de capital para la adquisición de más combustible se afecta a los trabajadores quienes no podrán recibir ni bonificaciones ni utilidades lo que les causa turbación y estrés.

FUNDAMENTOS DE DERECHO DE LA DEMANDA

- IV. El Consorcio ampara sus pretensiones en el artículo 49 del Texto Único Ordenado de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado (en adelante LCAE), aprobado mediante Decreto Supremo N° 083-2004-PCM,

que obliga a la Entidad a reconocer el pago de intereses conforme al Código Civil por incumplimiento en el pago, salvo que el atraso se daba a caso fortuito o fuerza mayor; y en el segundo párrafo del artículo 227 del Reglamento de la LCAE, aprobado mediante Decreto Supremo N° 084-2004-PCM, que obliga a la Entidad a reconocer una indemnización por daños y perjuicios, bajo responsabilidad de su titular o de su máxima autoridad administrativa si la parte perjudicada por la resolución es el contratista.

MEDIOS PROBATORIOS

V. Como medios probatorios el Consorcio presenta:

1. El mérito de la copia del Contrato N° 021-2009-MSS con el que, según refiere, acredita la obligación puesta a cobro.
2. El mérito de la copia de la Resolución de Gerencia N° 46-2012-GAR-MSS del 9 de febrero del 2012 que amplía el Contrato a que se refiere el punto precedente.
3. El mérito de las doce facturas emitidas, debidamente aceptadas por la Entidad.
4. El mérito de la carta de requerimiento de pago del 25 de agosto del 2014 remitida por conducto notarial.
5. El mérito de la carta notarial del 3 de setiembre del 2014 con la que procedió a la resolución del Contrato, que ha quedado consentida.
6. El mérito de la carta fianza N° 00053287-4 por Cuatrocientos Noventa y Tres Mil Setenta y Cinco y 78/100 soles emitida por el Banco Internacional del Perú – Interbank en respaldo del Contrato.
7. El mérito del Acta de Conciliación N° 677-2014 del 2 de octubre del 2014

con la que acredita haber iniciado el proceso conciliatorio que se frustró por la inasistencia de la Municipalidad.

8. El mérito del Contrato de Consorcio del 2 de febrero del 2009 que acredita la representación de quien suscribe la demanda.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

VI. Con fecha 2 de junio del 2014 la Municipalidad contesta la demanda, negándola y contradiciéndola en todos sus extremos y solicitando al Árbitro Único:

1. Que declare infundada la primera pretensión de la demanda relativa al pago de Ciento Treinta y Un Mil Cuatrocientos Sesenta y Tres y 62/100 soles (S/. 131,463.62) por el saldo remanente del servicio prestado por el Consorcio.
2. Que declare infundada la segunda pretensión de la demanda relativa a la devolución de la Carta Fianza N° 00053287-4.
3. Que declare infundada la primera pretensión accesoria, relativa a la indemnización por los daños y perjuicios ocasionados.
4. Que declare infundada la segunda pretensión accesoria, relativa a los intereses legales que el Consorcio reclama.

FUNDAMENTOS DE LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

VII. La Entidad fundamenta su posición en los siguientes hechos:

- 
1. Sobre la primera pretensión de la demanda, la Municipalidad señala que las doce facturas que el Consorcio ha presentado por el suministro de Gas Licuado de Petróleo (GLP) no se ajustan a lo prescrito en las Bases Integradas (punto 3.6, Forma de Pago, fojas 11), concordado con el artículo

233 y siguientes del Reglamento de la LCAE, que disponen que el pago se realizará en forma mensual, previa conformidad de la Sub Gerencia de Servicio Social y del representante de la Oficina de Almacén y previo 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 fueren necesarias.

En consecuencia, para que la Entidad realice el pago previamente debe verificar la recepción y conformidad del servicio por la Oficina de Almacén; la emisión del informe de conformidad del servicio emitido por el funcionario responsable del área usuaria y finalmente debe haberse presentado la respectiva factura. El Consorcio debe cumplir con presentar la documentación que acredite estos requisitos para que sea posible el pago.

2. Sobre la segunda pretensión de la demanda, la Municipalidad sostiene que al no haberse demostrado que la demandante ha cumplido el contrato, no corresponde efectuar la devolución de la carta fianza.
3. Sobre la que la Municipalidad identifica como tercera pretensión, que es la primera pretensión accesoria de la demanda, relativa a los daños y perjuicios ocasionados, refiere, entre otras cuestiones, que el daño debe reunir determinadas características habiéndose establecido que para ser resarcido debe ser cierto; debe ser subsistente, es decir, no haber sido reparado; debe afectar el interés de una persona o entidad y debe ser injusto, destacando que cobra especial relevancia la prueba del daño.

La Entidad se respalda en el artículo 1321 del Código Civil en cuya virtud queda sujeto a la indemnización por daños y perjuicios quien no ejecuta sus obligaciones por dolo, culpa inexcusable o culpa leve, debiéndose tener en cuenta que la función de toda indemnización, derivada del ámbito contractual o extracontractual, cumple una función reparadora o de resarcimiento integral del daño o perjuicio efectivamente irrogado, siendo una regla general que debe ser probado para poder ser reclamado.



Sobre el lucro cesante la Municipalidad señala que el demandante no ha acompañado ningún medio probatorio que acredite el daño causado, razón por la que no cabe reconocer ninguna pretensión indemnizatoria.

AUDIENCIA DE CONCILIACIÓN, DETERMINACIÓN DE PUNTOS CONTROVERTIDOS Y ADMISION DE MEDIOS PROBATORIOS

VIII. Con fecha 19 de agosto del 2015 se llevó a cabo la audiencia de Conciliación y Determinación de Puntos Controvertidos con la asistencia de ambas partes, procediéndose a dejar constancia de lo siguiente:

1. El Árbitro Único declaró saneado el proceso, determinándose que las pretensiones de las partes no se encuentran incursas en las excepciones establecidas en el artículo 2 de la Ley de Arbitraje, promulgada mediante Decreto Legislativo 1071.
2. El Árbitro Único invitó a las partes a que concilien las materias controvertidas, sin éxito. Les indicó que siempre podían conciliar en cualquier estado del proceso.

PUNTOS CONTROVERTIDOS DE LA DEMANDA

IX. En materia de puntos controvertidos se determina que éstos sean los siguientes:

1. Determinar si corresponde ordenar que la Entidad le pague al Consorcio la suma de Ciento Treinta y Un Mil Cuatrocientos Sesenta y Tres y 62/100 soles (S/. 131,463.62), representada en doce facturas comerciales como consecuencia de la resolución del Contrato N° 021-2009-MSS.
2. Determinar si corresponde ordenar que la Entidad le devuelva al Consorcio la Carta Fianza N° 00053287-4 con vencimiento al 30 de enero del 2015 por un importe de Cuatrocientos Noventa y Tres Mil Setenta y Cinco y

78/100 soles (S/. 493,075.78), emitida por el Banco Internacional del Perú – Interbank.

3. De declararse fundado el punto 1 que antecede, determinar si corresponde ordenar que la Entidad le pague al Consorcio una indemnización por supuestos daños y perjuicios.
4. De declararse fundado el punto 1 que antecede, determinar si corresponde ordenar que la Entidad le pague al Consorcio los intereses legales generados por el supuesto incumplimiento de pago de las doce facturas comerciales.

ADmisión DE MEDIOS PROBATORIOS

X. El Árbitro Único admitió los medios probatorios, de acuerdo al siguiente detalle:

1. El Árbitro Único admite y tiene por actuados los medios probatorios ofrecidos por el Consorcio en su escrito de fecha 17 de abril del 2015, puntos 1 al 6 del acápite VI.
2. El Árbitro Único otorgó un plazo de cinco días para que la Municipalidad presente los medios probatorios que omitió acompañar a su contestación, lo que hizo en forma extemporánea mediante escrito de fecha 27 de agosto del 2015, razón por la que mediante Resolución N° 11 el Árbitro Único decidió prescindir de los medios probatorios ofrecidos en los puntos 1 y 2 del acápite IV de su escrito de contestación de fecha 2 de junio del 2015 y admitir de oficio las Bases Integradas presentadas con ese escrito y a fin de tener mayores elementos ilustrativos sobre el contrato materia de la controversia.

CIERRE DE ETAPA PROBATORIA, AUDIENCIA DE INFORMES ORALES Y PLAZO PARA LAUDAR

XI. Al no encontrarse ningún medio probatorio pendiente de actuación, se procedió de la siguiente manera:

1. Mediante la Resolución N° 13 del 16 de noviembre del 2015 el Árbitro Único declara concluida la etapa probatoria y otorga a las partes un plazo de cinco días hábiles para que presenten sus alegatos escritos y de considerarlo pertinente soliciten el uso de la palabra de conformidad con la regla 44 del Acta de Instalación.
2. Mediante Resolución N° 14 del 16 de diciembre del 2015 el Árbitro Único dejó constancia de que ninguna de las partes había presentado sus alegatos escritos y las citó a la Audiencia de Informes Orales.
3. Con fecha 5 de enero del 2016 se realizó la Audiencia de Informes Orales, con la participación de ambas partes que expusieron sus posiciones, hicieron las réplicas y dúplicas correspondientes y absolvieron las preguntas que les formuló el Árbitro Único, quien previamente resolvió tener presente lo señalado por la Procuraduría de la Municipalidad en su escrito de fecha 21 de diciembre del 2015 así como lo señalado por el Consorcio en su escrito de fecha 23 de diciembre del 2015, en ambos casos con conocimiento de la parte contraria.
4. De conformidad con la regla 45 del Acta de Instalación, el Árbitro Único fijó el plazo para laudar en treinta días hábiles que posteriormente, mediante Resolución N° 18 prorrogó en treinta días hábiles adicionales.

ANÁLISIS DE LOS PUNTOS CONTROVERTIDOS

XII. Respecto de los puntos controvertidos planteados es preciso tener presente lo siguiente:

1. Sobre el primer punto controvertido, relativo al pedido formulado por el Consorcio para que la Municipalidad le pague la suma de Ciento Treinta y Un Mil Cuatrocientos Sesenta y Tres y 62/100 soles (S/. 131,463.62),

representada en doce facturas comerciales como consecuencia de la resolución del Contrato N° 021-2009-MSS, cabe indicar:

- a) Se ha verificado la existencia del Contrato N° 021-2009-MSS para el suministro de Dos Millones Novecientos Setenta Mil Trescientos Treinta y Seis (2'970,336) litros de gas licuado de petróleo – GLP, suscrito el 11 de febrero del 2009 entre las partes como consecuencia de la Licitación Pública N° 006-2008-MSS, con un plazo, establecido en su cláusula quinta, de treinta y seis (36) meses o hasta que se agote el monto total contratado ascendente a Cuatro Millones Novecientos Treinta Mil Setecientos Cincuenta y Siete con 76/100 Nuevos Soles (S/. 4'930,757.76), costo en el que está comprendido el suministro, los seguros, el transporte, los fletes y los impuestos, incluido el IGV.
- b) La cláusula cuarta del contrato señala en efecto que la Municipalidad se obliga a pagar la contraprestación convenida, a razón de Uno y 66/100 Nuevos Soles (S/. 1.66) por litro, "luego de la recepción formal y completa de la documentación correspondiente, según lo establecido en el artículo 238 del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado", indicándose además que con ese propósito "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, a fin de permitir que el pago se realice dentro de los diez (10) días siguientes."
- c) La cláusula sexta del contrato faculta a reajustar el precio ofrecido por el Consorcio sólo en el mismo porcentaje en que se acredeite el incremento o disminución del precio fijado por su proveedor mayorista, siempre que se ajuste a lo previsto en la última parte del inciso 1 del artículo 55 del Reglamento de la LCAE. En el presente caso no hay ningún cuestionamiento a los reajustes que eventualmente pueden haberse incorporado en el contrato.
- d) La cláusula décima del contrato, a su turno, preceptúa que la conformidad del suministro se regula por lo dispuesto en el artículo 233 del Reglamento

de la LCAE y que en el caso de existir observaciones se levantará el acta correspondiente, precisándose en qué consisten y dándole al Consorcio un plazo prudencial para su subsanación, según lo establecido en el Reglamento de la LCAE. Sólo si después de vencido, según se entiende, el plazo otorgado al Consorcio y si a juicio de la Municipalidad no ha cumplido con la subsanación, la Entidad podrá resolver en contrato. En el presente caso no han existido observaciones ni hay actas que fijen plazos para subsanarlas.

- e) Se ha verificado que mediante la Resolución de Gerencia N° 46-2012-GAF-MSS del 9 de febrero del 2012 se amplió el plazo del señalado contrato por treinta y seis (36) meses contados a partir del 12 de febrero del 2012 hasta el 10 de febrero del 2015 o hasta agotar el monto contractual indicado en la cláusula tercera, sin reconocimiento de los gastos generales.
- f) La Resolución de Gerencia N° 46-2012-GAF-MSS se sustenta en el Memorando N° 085-2012-SGPSGM-GAF-MSS del 26 de enero del 2012 con el que la Subgerencia de Patrimonio, Servicios Generales y Maestranza informa que el 11 de febrero del 2012 se cumplen los treinta y seis meses pero que para entonces sólo se habrá suministrado un total de Un Millón Doscientos Setenta y Dos Mil Trescientos Noventa y Seis con 60/100 (1'272,396.60) litros de GLP, quedando pendientes Un Millón Seiscientos Noventa y Siete Mil Novecientos Cuarenta con 60/100 (1'697,940.60) litros de GLP que corresponden a un monto de Tres Millones Quinientos Treinta y Un Mil Seiscientos y 00/100 Nuevos Soles (S/. 3'531,600.00) y que de establecerse un nuevo cronograma a razón de Quinientos Cuarenta Mil (540,000.00) litros de GLP anual, lo que equivale según la misma Resolución, a Cuarenta y Cinco Mil (45,000.00) litros mensuales, se requeriría ampliar el plazo del Contrato por un período de treinta y seis (36) meses más o hasta agotar el monto pactado.
- g) Mediante el Informe N° 076-2012-SGAB-GAF-MSS del 27 de enero del 2012 la Subgerencia de Abastecimientos comunica que el suministro de GLP derivado del Contrato en controversia se ha venido ejecutando de

acuerdo a lo solicitado por lo que el retraso que se advierte no es responsabilidad de la Entidad ni del Contratista y considerando que existen prestaciones contratadas por ejecutar, recomienda ampliar su plazo por treinta y seis (36) meses, desde el 12 de febrero del 2012 hasta el 10 de febrero del 2015, conforme al cronograma presentado por la Subgerencia de Patrimonio, Servicios Generales y Maestranza.

- h) Ninguno de los hechos expuestos han sido observados o cuestionados por alguna parte. Es más, las doce facturas cuyo pago reclama el Consorcio y que fueron emitidas entre el 21 de marzo del 2014 y el 31 de mayo de ese mismo año, tampoco han sido observadas, cuestionadas o devueltas. El suministro que ellas reportan no ha sido negado de manera que queda claro que la controversia no pretende determinar si el servicio se prestó o no, ni si se prestó en la forma prevista o no. Todo ello está confirmado. La discusión se reduce, en lo que respecta a este primer punto controvertido, al reclamo para que se le pague lo adeudado en el caso del Consorcio y la negativa a hacerlo de parte de la Municipalidad únicamente porque el procedimiento de cobro no se ajusta a lo indicado en las Bases Integradas.
- i) En efecto, en el punto 3.6 de las Bases Integradas se dice que el pago se realizará en forma mensual, previa conformidad de la Sub Gerencia de Servicio Social y del representante de la Oficina de Almacén y previo informe del funcionario responsable del área usuaria. Debe entenderse que así se había estado procediendo hasta el 21 de marzo del 2014, oportunidad en que se supone que la Sub Gerencia de Servicio Social y el representante de la Oficina de Almacén dejaron de dar su conformidad a los suministros y el funcionario responsable del área usuaria dejó de emitir su respectivo informe, razón por la que la Municipalidad dejó de pagar.
- j) Se deja constancia de que en ningún momento la Municipalidad ha aducido que el Consorcio no entregó el suministro de GLP, limitándose a señalar que no pagó por haber omitido ella misma los procedimientos previos establecidos como requisitos para ese efecto. Su negativa a pagar por lo tanto se funda en hechos propios, en la omisión de acciones que ella

misma debió realizar.

- k) Según el primer párrafo del artículo 237 del Reglamento de la LCAE, todos los pagos que la Entidad debe realizar a favor del contratista se efectuarán después de ejecutada la respectiva prestación, salvo que, por la naturaleza de ésta, el pago deba hacerse por adelantado. El segundo párrafo agrega que la Entidad podrá realizar pagos periódicos al contratista siempre que ello esté previsto en las Bases y que el contratista los solicite "presentando la documentación que justifique el pago y acredite la existencia de los bienes o la prestación de los servicios." Luego añade que las Bases podrán especificar otras formas de acreditar la obligación para terminar sentenciando que las cantidades entregadas tienen el carácter de pagos a cuenta.
- l) En el presente caso los pagos periódicos y la forma de hacerlos efectivo están previstos en las Bases y en el contrato. El contratista ha cumplido con presentar sus facturas y es la Entidad la que no ha cumplido con dar las conformidades y emitir los informes necesarios para pagarle al Consorcio el importe de esas facturas. La existencia del GLP entregado según las exigencias a que se contrae el artículo 233 del Reglamento de la LCAE también está acreditada. No ha sido negada, ni observada.
- m) El artículo 233 del Reglamento de la LCAE estipula que la recepción y conformidad es responsabilidad del órgano de administración o de los funcionarios designados de la Entidad, sin perjuicio de lo que esta última disponga en sus normas de organización interna. La conformidad, acota, "requiere del informe del funcionario del área usuaria, quien deberá verificar, dependiendo de la naturaleza de la prestación, la calidad, cantidad y cumplimiento de las condiciones contractuales, debiendo realizar las pruebas que fueran necesarias." Es verdad que el artículo opera para el caso de la recepción y conformidad de las prestaciones que concluyen, de los contratos que terminan, aun así, puede aplicarse indirectamente a la materia en controversia.

- n) El mismo artículo sentencia, en un extremo más vinculado al asunto en disputa, que de existir observaciones se consignarán en un acta indicándose claramente el sentido de éstas y dándole al contratista un plazo prudencial para subsanarlas. En el presente caso, como ya se ha anotado, no hubo observaciones ni se dio al contratista ningún plazo para subsanarlas.
- o) La Municipalidad no puede alegar un hecho propio como la omisión de las acciones que debió adoptar, para justificar el incumplimiento de la obligación esencial de pagar por el suministro recibido y no observado ni cuestionado. La doctrina recuerda el principio del "*venire contra factum proprium non valet*" en cuya virtud nadie puede actuar contra su propio proceder para limitar los derechos de un tercero que actúa de buena fe. Nadie puede actuar en consonancia con las acciones que no adoptó y que estaba obligado a adoptar, para sobre esa base limitar o desconocer los derechos de un tercero.

En razón de las consideraciones expuestas y en aplicación del artículo 237 del Reglamento de la LCE concordado con el artículo II del Título Preliminar del Código Civil, en cuya virtud la ley no ampara el abuso del derecho, corresponde que la Municipalidad le pague al Consorcio las doce facturas reclamadas y que, sin perjuicio de ello, disponga una investigación para determinar las razones por las que no dio las conformidades ni emitió los informes necesarios para cumplir con los pagos.

2. Sobre el segundo punto controvertido, relativo al pedido formulado por el Consorcio para que la Municipalidad le devuelva la Carta Fianza N° 00053287-4 con vencimiento al 30 de enero del 2015 por un importe de Cuatrocientos Noventa y Tres Mil Setenta y Cinco y 78/100 soles (S/. 493,075.78), emitida por el Banco Internacional del Perú – Interbank, cabe indicar:
 - a) Según el artículo 40 de la LCAE concordado con el artículo 213 de su Reglamento, una de las garantías que deben otorgar los contratistas es la

de fiel cumplimiento, que debe ser, como cualquier otra, incondicional, solidaria, irrevocable y de realización automática en el país al sólo requerimiento de la Entidad, bajo responsabilidad de la empresa que la emite que debe estar dentro del ámbito de supervisión de la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones o estar considerada en la última lista de Bancos Extranjeros de primera categoría que periódicamente publica el Banco Central de Reserva.

- b) En virtud de la realización automática, de conformidad con el mismo artículo 40 de la LCAE, a primera solicitud la empresa que la haya emitido no puede oponer excusión alguna a la ejecución de la garantía debiendo limitarse a honrarla dentro del plazo máximo de tres (3) días. Toda demora generará responsabilidad solidaria para el emisor de la garantía y para el contratista y dará lugar al pago de intereses a favor de la Entidad.
- c) Según la cláusula octava del contrato, el Consorcio entrega como garantía de fiel cumplimiento una carta fianza que fue renovada hasta llegar a la Carta Fianza N° 00053287-4 con vencimiento al 30 de enero del 2015 y por un importe de Cuatrocientos Noventa y Tres Mil Setenta y Cinco y 78/100 soles (S/. 493,075.78), emitida por el Banco Internacional del Perú – Interbank.
- d) Mediante carta notarial del 3 de setiembre del 2014 el Consorcio solicitó la resolución del contrato, el pago de las doce facturas pendientes y la devolución de la señalada carta fianza. Según el artículo 224 del Reglamento de la LCAE cualquiera de las partes o ambas pueden poner fin al contrato por un hecho sobreviniente a su suscripción, siempre que se encuentre previsto en las Bases, en el propio contrato o en el mismo Reglamento.
- e) La última parte del artículo 225 del Reglamento de la LCAE faculta al contratista a solicitar la resolución del contrato de conformidad con el inciso c) del artículo 41 de la LCAE en los casos en que la Entidad incumpla

injustificadamente sus obligaciones esenciales contempladas en las Bases o en el contrato, pese a haber sido requerido conforme al procedimiento establecido en el artículo 226.

- f) El artículo 226 del Reglamento de la LCAE, a su vez, refiere que si alguna de las partes falta al cumplimiento de sus obligaciones, la parte perjudicada debe requerirla mediante carta notarial para que las satisfaga en un plazo no mayor a cinco (5) días, bajo apercibimiento de resolver el contrato. Dependiendo del monto contractual y de la complejidad, envergadura o sofisticación de la adquisición o contratación, la Entidad puede establecer plazos mayores, pero en ningún caso mayor a quince (15) días, plazo este último que se otorgará necesariamente en el caso de obras.
- g) Si vencido el plazo el incumplimiento continúa, la parte perjudicada resolverá el contrato en forma total o parcial, mediante carta notarial. La resolución parcial sólo involucrará a aquella parte del contrato afectada por el incumplimiento y siempre que dicha parte sea separable e independiente del resto de las obligaciones contractuales, y que la resolución total del contrato pudiera afectar los intereses de la Entidad. En tal sentido, el requerimiento que se efectúe deberá precisar con claridad qué parte del contrato quedaría resuelta si persistiera el incumplimiento. De no hacerse tal precisión, se entenderá que la resolución será total en caso de persistir el incumplimiento.
- h) En el presente caso, el reclamo por la falta de pago que constituye una obligación esencial de la Entidad no se atendió razón por la que la resolución contractual operó al vencimiento de esos cinco (5) días de plazo, oportunidad en la que la Municipalidad debió devolverle al contratista la carta fianza que tenía en posesión.

En razón de las consideraciones expuestas y aun cuando ha vencido el plazo de vigencia de la señalada carta fianza, la Entidad debe cumplir con el trámite administrativo de devolverla al Consorcio.

3. Sobre el tercer punto controvertido, relativo al pedido para que, de declararse fundado el primer punto controvertido, se determine si corresponde ordenar que la Entidad le pague al Consorcio una indemnización por supuestos daños y perjuicios, cabe indicar:
- a) De conformidad con el segundo párrafo del artículo 227 del Reglamento de la LCAE, que trata sobre los efectos de la resolución del contrato, si la parte perjudicada es el contratista, la Entidad deberá reconocerle la respectiva indemnización por los daños y perjuicios irrogados, bajo responsabilidad de su titular o de su máxima autoridad administrativa, según corresponda.
 - b) En línea con lo indicado, Planiol y Ripert confirman que "si el deudor no cumple su obligación cuando y como debiera, el acreedor tiene el derecho de obtener una indemnización por daños y perjuicios, es decir, una suma en dinero equivalente al provecho que hubiera obtenido del cumplimiento efectivo y exacto de la obligación, a título de indemnización por el perjuicio sufrido" (Véase: Planiol y Ripert, Tratado práctico de Derecho Civil francés, tomo VII, Las Obligaciones, segunda parte, No. 821, p. 132).
 - c) El Contratista, sin embargo, no ha acreditado el perjuicio sufrido derivado del incumplimiento de las obligaciones contractuales por parte de la Entidad y el perjuicio para que pueda ser reconocido debe ser acreditado. Según Felipe Osterling Parodi, "para que haya un daño contractual resarcible no basta que se incumpla la obligación y que el incumplimiento sea imputable al deudor. Es necesario, además, que el incumplimiento produzca un perjuicio. Toda reclamación de daños y perjuicios, aunque se funde en un derecho inobjetable a exigirlos, requiere la prueba de su existencia. Para declarar la responsabilidad no basta comprobar judicialmente la infracción de la obligación; es preciso demostrar la existencia de los daños y perjuicios." (Véase: <http://www.osterlingfirm.com/Documentos/articulos/La%20indemnizacion%20de%20da%C3%A1os.pdf>).

En razón de las consideraciones expuestas no cabe ordenar a la Entidad

que le pague al Consorcio una indemnización por supuestos daños y perjuicios que este último no ha acreditado.

4. Sobre el cuarto punto controvertido, relativo al pedido para que, de declararse fundado el primer punto controvertido, se determine si corresponde ordenar que la Entidad le pague al Consorcio los intereses legales generados por el supuesto incumplimiento de pago de las doce facturas comerciales, cabe indicar:
 - a) El artículo 49 de la LCAE dispone que de comprobarse un “incumplimiento de pago por parte de la Entidad, salvo que el atraso se deba a caso fortuito o fuerza mayor, ésta reconocerá el pago de intereses conforme a lo establecido por el Código Civil.”
 - b) El primer párrafo del artículo 238 del Reglamento de la LCAE, a su turno, estipula 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 bienes o servicios, deberá hacerlo en un plazo que no excederá de los diez (10) días de ser éstos recibidos, a fin de permitir que el pago se realice dentro de los diez (10) días siguientes.” El segundo párrafo del mismo artículo agrega que “en caso de retraso en el pago, el contratista tendrá derecho al pago de intereses conforme a lo establecido en las Bases o en el Contrato, contado desde la oportunidad en que el pago debió efectuarse. En su defecto, se aplicará el interés legal, conforme a las disposiciones del Código Civil.”
 - c) Por consiguiente, corresponde el reconocimiento de los intereses legales calculados desde el vencimiento del plazo de diez (10) días hábiles siguientes al vencimiento del primer plazo de diez (10) días hábiles que tuvo la Entidad para emitir la conformidad de la recepción y hasta la fecha efectiva en que se realice cada pago. El hecho de no haberse emitido la conformidad no impide tales cálculos habida cuenta de que al no haberse registrado ninguna observación al respecto se debe tener por recibido el

GLP en la forma prevista en el contrato.

En razón de las consideraciones expuestas corresponde que la Entidad le pague al Consorcio los intereses legales generados por el incumplimiento de pago de las doce facturas comerciales, desde el vencimiento del plazo de diez (10) días hábiles siguientes al vencimiento del primer plazo de diez (10) días hábiles que tuvo la Entidad para emitir la conformidad de cada recepción y hasta la fecha efectiva en que se realice la cancelación de cada pago.

Por todas las consideraciones señaladas,

EL ÁRBITRO ÚNICO LAUDA EN DERECHO DECLARANDO:

PRIMERO: FUNDADA la primera pretensión principal de la demanda y ordenando que la Entidad le pague al Consorcio la suma de Ciento Treinta y Un Mil Cuatrocientos Sesenta y Tres y 62/100 soles (S/. 131,463.62), representada en doce facturas comerciales como consecuencia de la resolución del Contrato N° 021-2009-MSS.

SEGUNDO: FUNDADA la segunda pretensión principal de la demanda y ordenando que la Entidad le devuelva al Consorcio la Carta Fianza N° 00053287-4 por un importe de Cuatrocientos Noventa y Tres Mil Setenta y Cinco y 78/100 soles (S/. 493,075.78), emitida por el Banco Internacional del Perú – Interbank.

TERCERO: INFUNDADA la primera pretensión accesoria relativa al pago de los supuestos daños y perjuicios irrogados al Consorcio.

CUARTO: FUNDADA la segunda pretensión accesoria y ordenando que la Entidad le pague al Consorcio los intereses legales generados por el incumplimiento de pago de las doce facturas comerciales, desde el vencimiento del plazo de diez (10) días hábiles siguientes al vencimiento del primer plazo de diez (10) días hábiles que tuvo la Entidad para emitir la

conformidad de cada recepción y hasta la fecha efectiva en que se realice la cancelación de cada pago.

QUINTO: EN LO QUE RESPECTA al pago de los gastos administrativos, costas y costos de este proceso el Árbitro Único estima que ambas partes han tenido motivos para litigar, una aduciendo la falta de pago y la otra aduciendo en última instancia la falta de conformidad respecto del suministro en controversia, y en consecuencia ordena que cada una asuma el pago de los gastos en los que hubiere incurrido y ambas en partes iguales los que resulten comunes.

Notifíquese a las partes.



Ricardo Gandolfo Cortés

Árbitro Único

