



Secretarios Arbitrales



Municipalidad Provincial del Callao

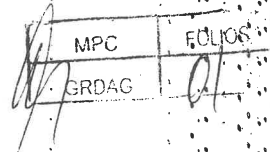
Expediente: 2019-01-000163954

Fecha y Hora: 27/12/2019 13:50:04

Folios: 24 Destino: PPM

Tupa: OTROS PROCEDIMIENTOS NO

Usuario: AVERGARA



Expediente : 1231-2019
Demandante : JHOMERON SAC
Demandado : MUNICIPALIDAD PROVINCIAL DEL CALLAO

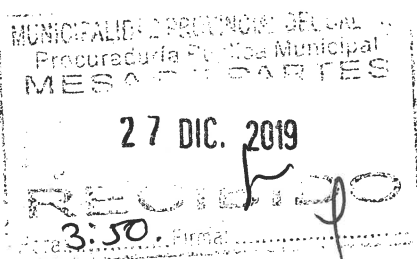
CÉDULA DE NOTIFICACIÓN N° 1343 - 2019

Destinatario : MUNICIPALIDAD PROVINCIAL DEL CALLAO
Dirección : Calle Alberto Secada N° 252, Callao
Atención : Procuraduría Pública Municipal

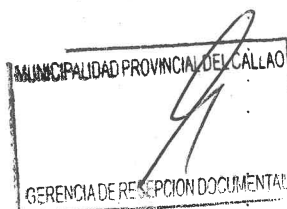
Por medio del presente, cumplimos con remitirle un (01) ejemplar del Laudo Arbitral emitido con fecha 24 de diciembre de 2019, para los fines correspondientes.

Lo que notificamos de acuerdo a Ley.

Miraflores, 26 de diciembre de 2019




JOSÉ RODRIGO ROSALES RODRIGO
Secretario Arbitral
SEAR



Sede del Arbitraje
Dirección: Calle Elias Aguirre N° 180, Distrito de Miraflores / Teléfono: 987492292
Correo: jose.rosales.rodrido@gmail.com

Dña. Ardelu

SECRETARIOS ARBITRALES - SEAR

RECIBIDO

FECHA : 26/12/19...

HORA : 11:50 a.m.

Expediente Proceso Arbitral:
Demandante:

N° 1231-2018

JHOMERON S.A.C.

R.U.C. N° 20537083159

Domicilio: Av. Santa Ana, Manzana F, Lote 44, Urbanización Chacra Cerro, Distrito de Comas, Lima.

Demandado:

Calle Parque Principal N° 143, San Miguel, Lima

MUNICIPALIDAD PROVINCIAL DEL CALLAO

R.U.C. N° 20131369558

Materia:

Domicilio: ...

Árbitro Único:

daños y perjuicios e Intereses

Abogado Luis Alberto Angulo Budge

LAUDO ARBITRAL

LAUDO ARBITRAL DE DERECHO DICTADO EN EL ARBITRAJE SEGUIDO POR JHOMERON S.A.C., CONTRA MUNICIPALIDAD PROVINCIAL DEL CALLAO; SOBRE DAÑOS Y PERJUICIOS E INTERESES, ANTE EL ÁRBITRO ÚNICO ABOGADO LUIS ALBERTO ANGULO BUDGE.

Resolución N° 23

Lima, 24 de diciembre de 2019

VISTOS

I.- CONVENIO ARBITRAL

- 1.1. Con fecha 16 de junio de 2014, la empresa JHOMERON S.A.C. (en adelante LA CONTRATISTA) y la MUNICIPALIDAD PROVINCIAL DEL CALLAO (en adelante LA ENTIDAD) suscribieron el contrato N° 001-AMC-013-2014-MPC, para el "Adquisición de Kits de Pintura Epóxica para el mantenimiento de la infraestructura urbana de la Provincial Constitucional del Callao, requerido por la Gerencia de Mantenimiento de la Ciudad dependiente de la Gerencia General de Protección del Medio Ambiente"., (en adelante, EL CONTRATO), el mismo que forma parte del proceso de adquisición, que se deriva de la Adjudicación de Menor Cuantía N° 013-2014-MCP-CEP; convocada por LA ENTIDAD.

II.- DESIGNACIÓN DE ÁRBITRO ÚNICO

- 2.1. Mediante Resolución N° 052-2018-OSCE/DAR, de fecha 26 de marzo de 2018, se designó como Árbitro Único a quien expide este Laudo, abogado Luis Alberto Angulo Budge.

III.- AUDIENCIA DE INSTALACIÓN

- 3.1. Mediante Audiencia de Instalación del Árbitro Único (Expediente N° 1231-2018), de fecha 27 de junio de 2018, el Árbitro Único se ratificó en la aceptación del cargo y el representante de LA ENTIDAD, señor abogado Héctor Martín Inga Aliaga, quien manifestó su aprobación al procedimiento de designación del Árbitro Único y expresó que no conocía causal de

LUIS A. ANGULO BUDGE
Abogado-Arbitro
CAL. 6289

recusación contra el mismo. Se dejó constancia de la inasistencia del representante de LA CONTRATISTA, a pesar de encontrarse debidamente notificado según el cargo de notificación que obra en el expediente recaído en el Oficio N° 2756-2018-OSCE/DAR-SDAA de fecha 11 de junio de 2018.

3.2. En el Acta de Instalación se estableció que, en virtud del convenio arbitral contenido en la Cláusula décimo séptima de EL CONTRATO, y en aplicación del artículo 216 del Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 138-2012-EF, el arbitraje es Ad Hoc, Nacional y de derecho y que se regirá por la Ley de Contrataciones del Estado, aprobada mediante Decreto Legislativo N° 1017 (modificado mediante la Ley N° 29873) (en adelante LCE) y su Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 184-2008-EF (modificado mediante el Decreto Supremo N° 138-2012-EF (en adelante RLCE).

3.3. En caso de deficiencia o vacío existente en las reglas que anteceden, el Arbitro Único quedó facultado para suplirlas a su discreción, mediante la aplicación de principios generales del derecho.

IV.- PRETENSIONES. PLANTEAMIENTOS DE LAS PARTES

4.1. DEMANDA DE LA CONTRATISTA

4.1.1. Mediante escrito de 24 de julio de 2018, LA CONTRATISTA formuló su demanda, con las siguientes pretensiones:

4.1.1.1. **"Primera pretensión principal.** - Que la Municipalidad Provincial del Callao indemnice a JHOMERON con la suma ascendente a S/. 22 599,00 (Veinte y Dos Mil Quinientos Noventa y Nueve con 00/100 Soles) por los daños y perjuicios derivados de responsabilidad contractual, causados por la deliberada inexecución por parte de la Municipalidad de obligaciones contractuales esenciales, cuales son el otorgamiento de la conformidad y la de pagar el precio convenido por los bienes recibidos en la ejecución del Contrato N° 001-AMC-013-2014-MPC."

4.1.1.2. **"Pretensión accesoria a la primera pretensión principal.** - Que la Municipalidad Provincial del Callao pague a JHOMERON S.A.C. los intereses legales correspondientes, los que deberán ser calculados por el Árbitro Único hasta la fecha de emisión del Laudo Arbitral y ordenando que se calculen y devenguen hasta la fecha efectiva de pago debiendo determinar, asimismo, la fecha de inicio del cálculo de los intereses a pagar."

4.1.1.3. **"Pretensión subordinada a la primera pretensión principal.** - En el supuesto negado que la primera pretensión principal y su pretensión accesoria sean declaradas infundadas o improcedentes, que la Municipalidad Provincial del Callao pague a JHOMERON S.A.C., como indemnización por concepto de enriquecimiento indebido de fuente contractual, la

suma ascendente a S/. 22 599,00 (Veinte y Dos Mil Quinientos Noventa y Nueve con 00/100 Soles) monto objeto de enriquecimiento por parte de la Municipalidad equivalente al íntegro de la prestación ejecutada por JHOMERON S.A.C. en la ejecución del Contrato N° 001-AMC-013-2014-MPC."

4.1.1.4. **"Pretensión accesorio de la pretensión subordinada a la primera pretensión principal.**

- Que la Municipalidad Provincial del Callao pague a JHOMERON S.A.C. los intereses legales correspondientes, los que deberán ser calculados por el Árbitro Único hasta la fecha de emisión del Laudo Arbitral y ordenando que se calculen y devenguen hasta la fecha efectiva de pago debiendo determinar, asimismo, la fecha de inicio del cálculo de los intereses a pagar."

4.1.1.5. **"Segunda pretensión principal. - Que se ordene que la Municipalidad Provincial del Callao asuma el íntegro de los gastos arbitrales, costas y costos que el presente proceso arbitral irroque."**

4.1.2. **Antecedentes**

4.1.2.1. Como inicio de los antecedentes LA CONTRATISTA hace referencia a la suscripción de EL CONTRATO, que en su "(...) Cláusula Quinta del Contrato antes mencionado, el plazo de ejecución era de dos (02) días calendario siguientes de la fecha de suscripción del Contrato, plazo que vencía el 18 de junio de 2014 (...)" Y con respecto a la ejecución de EL CONTRATO a firma que "(...) cumplió a cabalidad, oportunamente, en su integridad y a satisfacción (...)" de LA ENTIDAD, mientras ésta no cumplió con pagar el precio correspondiente a que se contrae la Factura N° 001-0111950, "(...) incumpliendo de esta manera una de sus obligaciones principales y esenciales (...)"

4.1.2.2. Destaca LA CONTRATISTA que con fecha 18 de junio de 2014 "(...) hizo entrega oportuna de los 90 KIT de pintura epóxica tal como consta del sello de recepción del Almacén de la Municipalidad en la Guía de Remisión N° 001-0111950 (...)" y que en ningún momento LA ENTIDAD "(...) objetó, observó, rechazó o reclamó respecto de los bienes suministrados (...)"

4.1.2.3. Agrega LA CONTRATISTA, que LA ENTIDAD al no otorgar la conformidad y no pagar el precio de EL CONTRATO –requerido por carta notarial de 27 de octubre de 2014-, le ha causado a LA CONTRATISTA "(...) daños y perjuicios por pérdida de capital de trabajo, los cuales deben ser indemnizados. (...)"

4.1.2.4. Aclara LA CONTRATISTA que "(...) la falta de pago fue sometida, por parte de JHOMERON, a un proceso arbitral (...)". "(...) Dicho arbitraje culminó con un laudo arbitral del 30 de mayo de 2016, a través del cual el árbitro único amparó la excepción de caducidad establecida en el artículo 181° del anterior Reglamento de la Ley de

LUISA ANGULO BUDGE
Abogada-Arbitro
CAL. 6299

Contrataciones del Estado que resulta aplicable al presente caso ⁽¹⁾, caducidad relacionada exclusivamente con las controversias relacionadas a los pagos ⁽²⁾ (...).

4.1.2.5. Aludiendo. LA CONTRATISTA, al LAUDO referido en el párrafo anterior, comenta "(...) el árbitro único, sin motivación alguna y en clara contravención al artículo IV del Título Preliminar del Código Civil que establece como Principio General de Derecho que la ley que establece excepciones o restringe derechos no se aplica por analogía, extendió un supuesto de caducidad de aplicación exclusiva en la normativa de contratación estatal de ese entonces a todas las demás pretensiones propuestas como subordinadas a la primera pretensión principal que se trataron de pretensiones autónomas, de naturaleza civil, distintas al pago, que debieron ser de pronunciamiento expreso por parte del entonces árbitro único (...).

4.1.2.6. Siguiendo con sus comentarios sobre el Laudo aludido, LA CONTRATISTA señala "(...) el árbitro único encargado de resolver las controversias nos privó de un derecho fundamental cual fue el acceso a obtener tutela jurisdiccional respecto de la indemnización de naturaleza contractual solicitada o, en su defecto, respecto al evidente enriquecimiento indebido de fuente contractual que se generó en la ejecución del Contrato, al haber aplicado un plazo de caducidad de aplicación exclusiva en la normativa de contratación estatal [en este caso el pago] y no a pretensiones de naturaleza civil, perjudicando y restringiendo nuestro derecho a obtener un pronunciamiento, de manera subordinada, de dos figuras distintas reguladas por la normativa civil para obtener tutela jurisdiccional efectiva que constituye, como hemos señalado, un derecho fundamental (...).

4.1.2.7. Para terminar sobre sus comentarios sobre el Laudo aludido, LA CONTRATISTA aclara que "(...) el laudo arbitral fue objeto de una solicitud de interpretación e integración de laudo arbitral por parte de JHOMERON, a efectos de que el entonces árbitro único se pronuncie respecto de nuestras pretensiones subordinadas a nuestra primera pretensión principal, solicitudes que fueron resueltas mediante Resolución N° 21 del 01 de setiembre de 2016 declarándolas improcedentes (...).

4.1.2.8. Indica, a continuación, LA CONTRATISTA "(...) que tanto nuestra pretensión a obtener un resarcimiento por responsabilidad contractual como nuestra pretensión subordinada de obtener una indemnización por enriquecimiento indebido, por tratarse ambas de pretensiones de contenido patrimonial y derivar de la ejecución del Contrato, son materias perfectamente arbitrables en virtud de la cláusula decimoséptima del Contrato y de la normativa de contratación estatal aplicable (...). Sobre el particular se refiere a el artículo

¹ Es de aplicación al presente caso el Decreto Legislativo N° 1017 modificado por la Ley N° 29873, y su Reglamento aprobado por el Decreto Supremo N° 184-2008-EF modificado por el Decreto Supremo N° 138-2012-EF, considerando que la Adjudicación de Menor Cuantía N° 013-2014-MPC se convocó el 26 de mayo de 2014.

² Es preciso aclarar que con el Decreto Supremo N° 138-2012-EF por primera vez en la historia de las contrataciones del Estado, se estipuló un plazo de caducidad respecto del pago con nefastas consecuencias, lo que ha sido corregido con la nueva normativa de contratación estatal, aprobada por la Ley N° 30225 y su Reglamento aprobado por el Decreto Supremo N° 350-2015-EF, que la ha eliminado.

52° de la LCE., que establece "(...) que las controversias, [cualquier controversia], sobre la ejecución, interpretación, resolución, inexistencia, ineficacia, nulidad o invalidez del contrato puede ser sometida a arbitraje en cualquier momento anterior a la fecha de culminación del contrato (...)".

4.1.2.9 Y aludiendo a la norma del artículo 177°, dice LA CONTRATISTA "(...) el Contrato aún no ha culminado en la medida que la Municipalidad nunca se dignó a otorgar la conformidad, documento que genera el derecho al pago del contratista, y a pesar de que usó de la pintura que le proporcionamos, siendo que con la conformidad y con el pago es que culmina el contrato. Al no haber ocurrido ninguno de los hechos que dan lugar a la culminación del Contrato por omisión y responsabilidad exclusiva de la Municipalidad, el Contrato continúa vigente, y, por tanto, cualquier materia derivada de la ejecución del Contrato, es decir derivada de fuente contractual, es arbitrable (...)".

4.1.2.10 Haciendo referencia al otorgamiento de la conformidad, LA CONTRATISTA dice que es preciso aclarar que "(...) no existe "conformidad tácita" como mal argumenta el árbitro único en el laudo arbitral del 02 de marzo de 2016. En efecto, así lo ha señalado el OSCE en la Opinión N° 090-2014/DTN³, entre otras⁴, que claramente señala lo siguiente: "De esta manera, en los contratos de bienes y servicios, a diferencia de las contrataciones de ejecución o consultoría de obras, la normativa de contrataciones del Estado, NO HA PREVISTO UNA APROBACIÓN AUTOMÁTICA, en caso la Entidad no cumpla con pronunciarse dentro del plazo previsto para ello. En dicho sentido, la conformidad de los bienes o servicios no puede entenderse aprobada por defecto, DEBIENDO EXISTIR UN PRONUNCIAMIENTO POR PARTE DE LA ENTIDAD, el mismo que de conformidad al artículo 181 del Reglamento, debe cumplirse con efectuarse dentro del plazo de diez (10) días calendario, a partir de la recepción de estos. En esa medida, el no otorgar la conformidad de la prestación al contratista o hacerlo fuera del plazo máximo previsto (...), además de generar consecuencias legales, también podría generar retrasos en el pago al contratista, y, en consecuencia, controversias sobre la procedencia de reconocer intereses legales. Por su parte, debe agregarse, que, si el órgano de administración o aquel establecido en las Bases no otorgara la conformidad de la prestación al contratista o lo hiciera fuera del plazo máximo previsto, la consecuencia sería el incumplimiento de la normativa de contrataciones del Estado, correspondiendo al Titular de la Entidad ordenar la determinación de responsabilidades, de conformidad con el primer párrafo del artículo 46 de la Ley."

4.1.2.11 Advierte, como conclusión, LA CONTRATISTA que "(...) no existe una conformidad automática como equivocadamente ha interpretado el árbitro único. El OSCE, como

LUIS A. ANGULO BUDGE
Abogado-Arbitro
CAL. 6289

³ En www.osce.gob.pe.

⁴ Ver también, por ejemplo, la Opinión N° 053-2015/DTN en www.osce.gob.pe.

máximo intérprete de la normativa de contratación estatal así lo ha determinado. Además, la normativa no otorga efectos constitutivos o extintivos de derechos por el vencimiento del plazo para otorgar la conformidad. Los únicos efectos son, como señala la Opinión antes comentada, el eventual pago de mayores intereses por haberse la Entidad tomado mayor tiempo respecto del plazo establecido reglamentariamente para otorgar la conformidad y las responsabilidades administrativas del funcionario responsable de otorgarla, ningún otro (...)°.

- 4.1.2.12 Justificando los puntos controvertidos del presente arbitraje, LA CONTRATISTA, afirma y concluye (1) "(...) las pretensiones que estamos proponiendo en el presente arbitraje se enmarcan en los alcances de la cláusula de solución de controversias del Contrato y dentro de la normativa de contratación estatal (...)". (2) "(...) las pretensiones que estamos proponiendo no merecieron un pronunciamiento de fondo, ni siquiera se hace mención de ellas en el supuesto análisis que realizó el árbitro único de ese entonces ni en la parte resolutive del laudo arbitral. Por tanto, el laudo arbitral del 30 de mayo de 2016 no tiene efectos de cosa juzgada respecto de las pretensiones que proponemos en el presente arbitraje porque no existió ningún pronunciamiento respecto de ninguna de ellas (...)". (3) "(...) de ninguna manera JHOMERON está procurando un segundo pronunciamiento sobre las mismas pretensiones, y eso es así por el simple hecho que en el primer arbitraje estas pretensiones no merecieron ningún pronunciamiento por parte del árbitro único, motivo por el cual se solicitó la integración del laudo, siendo nuestro derecho el de obtener tutela jurisdiccional arbitral (...)". (4) "(...) al no haber culminado el Contrato, recurrimos al presente arbitraje con la finalidad de obtener tutela jurisdiccional respecto de aquellas pretensiones que no fueron objeto de pronunciamiento en el primer proceso arbitral que iniciamos contra la Municipalidad (...)".

LUISA ANGULO BUDGE
Abogada-Arbitro
CAL 6299

4.1.3. Fundamentos de hecho y de derecho

Primera Pretensión Principal

- 4.1.3.1 Como consecuencia de la norma del artículo 142° del RLCE⁵, señala LA CONTRATISTA "(...) siendo el Contrato obligatorio entre las partes, el incumplimiento de una de ellas le genera, inevitable e inexorablemente, responsabilidades de naturaleza contractual que generan daños que deben ser indemnizados. Para ello, debemos recurrir al Código Civil en la medida que la normativa de contratación estatal u otras normas de orden público no

⁵ "El Contrato está conformado por el documento que lo contiene, las Bases Integradas y la oferta ganadora, así como los documentos derivados del proceso de selección que establezcan obligaciones para las partes y que hayan sido expresamente señalados en el contrato. (...) El contrato es obligatorio para las partes (...)".

regulan sobre el particular⁶ (...). Siguiendo la idea, LA CONTRATISTA alude a la norma del artículo 1321° del Código Civil⁷.

- 4.1.3.2 A continuación, LA CONTRATISTA afirma, haciendo referencia a los antecedentes "(...) el 18 de junio de 2014, hizo entrega de la totalidad de los noventa (90) KIT de pintura epóxica objeto del Contrato. Así consta clara y expresamente en la Guía de Remisión N° 001-0111950. Es decir, JHOMERON cumplió cabal y oportunamente con sus obligaciones contractuales (...). A ello agrega que "(...) La cláusula cuarta del Contrato estableció que la Entidad tenía la obligación de efectuar un pago único dentro de los quince (15) días calendario siguientes al otorgamiento de la conformidad respectiva.
- 4.1.3.3 En cuanto a la conformidad de la recepción, LA CONTRATISTA se contrae a la norma del artículo 181° y a EL CONTRATO⁸, y añade "(...) la Municipalidad incumplió con dos obligaciones contractuales de naturaleza esencial a su cargo, a saber: i) no otorgó la conformidad; y, como consecuencia de ello, ii) no cumplió con el pago, obligación esta última que, sin lugar a duda, constituye la obligación esencial por excelencia a cargo de las Entidades del Estado (...).
- 4.1.3.4 LA CONTRATISTA se reafirma en señalar que "(...) el otorgamiento de la conformidad es una obligación contractual cuyo cumplimiento depende única y exclusivamente de la Entidad quien, de acuerdo a la cláusula cuarta del Contrato, debió otorgar en el plazo de diez (10) días una vez recibido los bienes sin observaciones. (...).
- 4.1.3.5 Todo lo expuesto por LA CONTRATISTA en los párrafos anteriores "(...) en concordancia con lo señalado en el artículo 177° del Reglamento, el efecto del otorgamiento de la conformidad es generar el derecho al pago a favor del Contratista, pago que no ha sido honrado por la Municipalidad, causándonos ambos incumplimientos (el no otorgamiento de la conformidad y la falta de pago) perjuicios económicos. En otras palabras, la conducta dolosa, abusiva, ilegal y arbitraria de la Municipalidad nos ha irrogado perjuicios económicos en detrimento de nuestro patrimonio, perjuicio que debe ser indemnizado. (...).
- 4.1.3.6 Establece LA CONTRATISTA a continuación los presupuestos que determinan la responsabilidad contractual de LA ENTIDAD, los mismos que "(...) son: 1) la antijuridicidad

⁶ "(...) Siguiendo el orden de prelación normativa establecido en el numeral 52.3 del artículo 52° de la Ley. (...)"

⁷ "Queda sujeto a la indemnización de daños y perjuicios quien no ejecuta sus obligaciones por dolo, culpa inexcusable o culpa leve. El resarcimiento por la inejecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, comprende tanto el daño emergente como el lucro cesante, en cuanto sean consecuencia inmediata y directa de tal inejecución."

⁸ "(...) Por su parte, el artículo 181° del Reglamento señala que el responsable de otorgar la conformidad de recepción de los bienes debe hacerlo en un plazo que no excederá de los diez (10) días calendario de ser éstos recibidos, a fin de que la Entidad cumpla con la obligación de efectuar el pago dentro de los quince (15) días calendarios siguientes. Esta obligación, además, se encuentra contenida en la cláusula cuarta del Contrato en la que la Municipalidad se obligó a otorgar la conformidad de la prestación en un plazo de que no debía exceder en diez (10) días de la entrega y recepción de los bienes objeto del Contrato. (...).

de la conducta dañosa⁹; 2) el daño causado¹⁰; 3) la relación de causalidad¹¹; y, 4) el factor de atribución¹². Fundamentados estos presupuestos, LA CONTRATISTA concluye "(...) De esta manera, estando probado con suficiencia extrema que la Municipalidad incurrió en responsabilidad contractual al incumplir dos obligaciones contractuales esenciales a su cargo, nuestra pretensión primera principal deberá ser declarada **FUNDADA** en todos sus extremos. (...)".

Pretensión Accesoría a la Primera Pretensión Principal

- 4.1.3.7 Sobre esta pretensión LA CONTRATISTA afirma que su procedencia "(...) equivale a una indemnización por lucro cesante y que por mandato del (...) artículo 1324° del Código Civil¹³ no estamos obligados a probar el daño sufrido, está demostrada fehaciente y suficientemente considerando que ha transcurrido casi cuatro (4) años desde que entregamos los bienes adjudicados sin que la Municipalidad haya honrado su obligación de pago en perjuicio del patrimonio de JHOMERON (...)". Por esa razón dice LA CONTRATISTA "(...) corresponde que la Municipalidad compense e indemnice a JHOMERON por no haber ingresado oportunamente a su patrimonio el valor de noventa (90) KIT de pintura epóxica que suministró a la Entidad, lo que ha representado durante todo este tiempo un beneficio económico en favor de la Municipalidad en detrimento del patrimonio de JHOMERON (...)".
- 4.1.3.8 A efectos de determinar la fecha de inicio el cálculo de intereses, considera LA CONTRATISTA que esa "(...) fecha deberá ser aquella en la que la Entidad incurrió en la

LUISA ANGULO BUDGE
Abogado-Arbitro
CAL. 6299

⁹ "(...) La antijuridicidad de la conducta dañosa, se entiende como el comportamiento contrario a derecho y que lesiona sin causa justificada la esfera jurídica ajena. En el presente caso, se configura la antijuridicidad de la conducta dañosa de la Municipalidad al incumplir un contrato válido y vigente, de prestaciones recíprocas, apropiándose de noventa (90) KIT de pintura epóxica al no otorgar la conformidad y no pagar el precio convenido en el Contrato, incumpliendo sus obligaciones contractuales con absoluta mala fe y de manera intencional. De esta manera, la antijuridicidad o conducta antijurídica está comprobada. (...)".

¹⁰ "(...) El daño, que existe, es real y está probado con la falta de ingreso al patrimonio de JHOMERON de la suma ascendente a S/. 22 599,00 (Veinte y Dos Mil Quinientos Noventa y Nueve con 00/100 Soles) que involucra el daño emergente y el lucro cesante (costo y utilidad) suma que se acordó como precio (monto contractual) de los noventa (90) KIT de pintura epóxica que JHOMERON le suministró oportunamente. No se trata pues de un daño eventual o hipotético sino de un daño real y material. Al respecto Felipe Osterling Parodi define al daño emergente como las pérdidas que sufre el acreedor como consecuencia de la inexecución de la obligación, es el empobrecimiento del patrimonio del acreedor; asimismo, define al lucro cesante como las utilidades que se dejan de percibir, señala que es el legítimo enriquecimiento que se frustró. Ambos conceptos representan la suma ascendente a S/. 22 599,00 (Veinte y Dos Mil Quinientos Noventa y Nueve con 00/100 Soles). (...)".

¹¹ "(...) Relación de causalidad, que se evidencia en la relación directa entre el hecho o causa generador del daño y el efecto por el incumplimiento o inexecución de obligaciones contractuales. De esta manera, la causa o hecho generador del daño es el incumplimiento de dos obligaciones contractuales esenciales a cargo de la Entidad (el otorgamiento de la conformidad y el pago), siendo el efecto directo de tales incumplimientos el detrimento patrimonial de JHOMERON al no haber recibido un ingreso económico que legítimamente le pertenece de acuerdo con el Contrato y a los medios probatorios aportados. (...)".

¹² "(...) Factor de Atribución, que en el presente caso se manifiesta en la conducta dolosa de la Municipalidad al incumplir, a sabiendas y por tanto intencionalmente sus obligaciones contractuales. La Municipalidad conoce perfectamente los alcances de sus obligaciones contractuales derivadas del Contrato; más aún, fue la propia Entidad quien elaboró e impuso sus términos, ello sin perjuicio de conocer las obligaciones que le impone la normativa de contratación estatal. Por tanto, insistimos, su conducta es dolosa porque conociendo sus obligaciones las incumplió intencionalmente con la finalidad de hacerse de bienes y usarlos sin pagar el precio correspondiente. (...)".

¹³ "Las obligaciones de dar sumas de dinero devengan el interés legal que fija el Banco Central de Reserva del Perú, desde el día en que el deudor incurra en mora, sin necesidad de que el acreedor pruebe haber sufrido daño alguno."

inejecución de sus obligaciones contractuales. En ese orden de ideas, la cláusula cuarta del Contrato estableció que la conformidad debía otorgarse en un plazo que no excederá de los diez (10) días calendario de ser recibidos los bienes. Siendo que la entrega se realizó el día 18 de junio de 2014, los intereses deberán ser calculados a partir del día 29 de junio de 2014 (...). Sin perjuicio de lo señalado, LA CONTRATISTA nos solicita "(...) determinar la fecha de inicio de cálculo los intereses, efectuar el cálculo correspondiente hasta la fecha de emisión de laudo arbitral que recaiga en el presente proceso y, además, ordenar que los intereses se calculen y devenguen hasta la fecha efectiva de pago (...). En consecuencia, LA CONTRATISTA, solicita, igualmente, que "(...) de declararse fundada la primera pretensión principal de nuestra demanda, se declare FUNDADA la presente pretensión accesorio. (...)."

Pretensión Subordinada a nuestra Primera Pretensión Principal

4.1.3.9 Fundamenta esta pretensión LA CONTRATISTA en la norma del artículo 1954° del Código Civil¹⁴. A lo que agrega "(...) Si bien existen diversidad de corrientes y criterios sobre el enriquecimiento indebido, un gran sector de la doctrina moderna, en opinión que compartimos, reconoce que en esencia estamos frente a un Principio General de Derecho (...)" aludiendo a Rosa Méndez Tomas¹⁵; Mario Castillo Freyre¹⁶; Ana María Arrarte y Carlos Paniagua. Concluye LA CONTRATISTA en ese aspecto "(...) el enriquecimiento sin causa es un principio general de Derecho que puede aplicarse tanto con motivo de una ejecución contractual como fuera del contrato, siendo que, en el presente caso, tal enriquecimiento surge del Contrato de compra-venta celebrado entre JHOMERON y la Municipalidad, materia no excluida en el convenio arbitral porque deriva de fuente contractual y no de una fuente de obligaciones distinta al Contrato (...)."

4.1.3.10 LA CONTRATISTA haciendo referencia a contratos con prestaciones recíprocas "(...) surgen situaciones o eventos que producen efectos. Algunos son efectos naturales –como el cumplimiento de lo pactado–, y otros, son efectos no naturales, como las situaciones de

¹⁴ "Aquel que se enriquece indebidamente a expensas de otro está obligado a indemnizarlo."

¹⁵ "(...) El enriquecimiento injusto es un principio general prohibitivo de nuestro ordenamiento jurídico que responde a la idea de impedir que determinadas personas obtengan beneficios a expensas de otras sin causa o razón que lo justifique." (MENDEZ TOMÁS, Rosa. El enriquecimiento injusto. Citada por PUIG BRUTAU, José, en: Fundamentos del Derecho Civil. Bosch Casa Editorial. Barcelona. 1996.).

¹⁶ "(...) existen diversas teorías que intentan explicar lo que implica el enriquecimiento sin causa: i) aquellas que lo consideran como una fuente de obligaciones afín a la gestión de negocios o la responsabilidad extracontractual; ii) aquellas que lo conciben como una fuente de obligaciones propia e independiente [posición de la Entidad]; y, iii) aquellas que señalan que no es una fuente autónoma de obligaciones sino un principio que informa el ordenamiento jurídico en general. Agrega el referido autor, que la posición que sostiene que el enriquecimiento sin causa no puede presentarse en el escenario contractual "fue una posición bastante difundida en la doctrina antigua", sin embargo, otra corriente doctrinaria considera que "... el enriquecimiento sin causa se funda en un principio de equidad que informa el Derecho en general, podríamos afirmar que dicha figura puede generarse tanto dentro como fuera del contrato". Asimismo, manifiesta que siendo el enriquecimiento sin causa uno de contenido patrimonial y por se materia arbitrable, corresponderá analizar si en el convenio arbitral se ha excluido o no el enriquecimiento sin causa como materia arbitrable, concluyendo que "... si las controversias sobre enriquecimiento sin causa surgen después de la celebración del Contrato y, en tanto, el enriquecimiento sin causa no se ha excluido, si estaríamos frente a una materia arbitrable (...)" (CASTILLO FREYRE, Mario y Rita SABROSO MINAYA: "Arbitraje: El Arbitraje en la Contratación Pública". Biblioteca de arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre, Vol. 7. Lima, 2009. pp. 72 a 81.).

incumplimiento por dolo o culpa, la imposibilidad de cumplimiento, y todas aquellas situaciones que se generan durante la ejecución del contrato que no corresponden a los efectos naturales ni a situaciones de incumplimiento o de imposibilidad, como sucede cuando sólo una de las partes ejecuta las prestaciones pactadas en el contrato y la otra no, tal como ocurre en el presente caso. Es decir, como efecto no natural del contrato puede generarse el enriquecimiento indebido que es posible de producirse como consecuencia de la ejecución de un contrato (...).

- 4.1.3.11 Sobre el enriquecimiento indebido firma LA CONTRATISTA que para que este se configure "(...) como consecuencia de una ejecución contractual, se deben de presentar determinados requisitos: a) Que el enriquecido haya obtenido cualquier tipo de ventaja o utilidad sin que medie causa justa¹⁷. b) El empobrecimiento del demandante¹⁸. c) Nexo de causalidad entre la ventaja del enriquecido y el perjuicio del empobrecido¹⁹. d) La falta de justificación del enriquecimiento²⁰. Afirmo LA CONTRATISTA "(...) la Municipalidad se habría beneficiado con una ventaja patrimonial, en perjuicio del patrimonio de JHOMERON, quien actuando de buena fe y de manera diligente procuró oportunamente y en su totalidad a la Entidad los bienes que fueron objeto de la convocatoria y del Contrato (...). Como fundamento de su posición sobre la vinculación del principio de la buena fe y el enriquecimiento indebido cita Oelckers²¹.
- 4.1.3.12 LA CONTRATISTA señala que la razón por la que está proponiendo esta pretensión como subordinada a la primera pretensión principal a sensu contrario de la norma, no puede ejercitar otra acción obtener la respectiva indemnización, amparada, a sensu contrario, en

LUISA ANGULO BUDGE
Abogada-Arbitro
CAL. 6289

¹⁷ "(...) En el presente caso la Municipalidad ha obtenido un beneficio patrimonial [noventa (90) KIT de pintura epóxica] susceptible de valoración pecuniaria que en nuestro caso asciende a la suma de S/. 22 599,00 (Veinte y Dos Mil Quinientos Noventa y Nueve con 00/100 Soles) que fue el monto [precio] valorizado y acordado en el Contrato suscrito por JHOMERON y la Municipalidad, que la Entidad no pagó. (...)"

¹⁸ "(...) El empobrecimiento es susceptible de ser apreciado en valor [en este caso S/. 22 599,00 (Veinte y Dos Mil Quinientos Noventa y Nueve con 00/100 Soles)] que se ha materializado en la falta de ingreso de dicha suma al patrimonio de JHOMERON cuando legítimamente correspondía que le ingresara. (...)"

¹⁹ "(...) Nexo que está por demás probado en la presente demanda arbitral con la existencia del Contrato y con la entrega por parte de JHOMERON a la Municipalidad de noventa (90) KIT de pintura epóxica, así como por la falta de pago por parte de la Municipalidad. Además, el nexos causal es recíproco tal como lo exige el instituto del enriquecimiento indebido, a saber: la Municipalidad se enriqueció a expensas de JHOMERON y JHOMERON se empobreció por el enriquecimiento de la Municipalidad por lo que debe ser restituido con la indemnización correspondiente. (...)"

²⁰ "(...) Falta de justificación que se manifiesta por el hecho que el Contrato suscrito entre las partes fue uno de compra-venta y no uno de donación. En efecto, la Municipalidad se ha enriquecido con los bienes entregados por JHOMERON en el marco de un contrato válido, pero injustificadamente porque no pagó el precio convenido. Sabemos que los elementos esenciales de un contrato de compra-venta es la cosa y el precio. Desde esa perspectiva, cuando el enriquecimiento surge de fuente contractual, encuentra su razón de ser en el propio ámbito contractual de acuerdo a la naturaleza del contrato correspondiente [compra-venta], por lo que la indemnización debe ser exigida como un efecto no natural del contrato al igual que el incumplimiento, la imposibilidad y otras situaciones no naturales, pero que derivan de una ejecución contractual. (...)".

²¹ "(...) la Administración tiene para con el contratante una especial obligación de equidad y buena fe, necesaria para conseguir el clima de confianza en la ejecución del contrato. Esta buena fe determina por lo tanto los derechos y obligaciones de la prestación, y se constituye en el fundamento último del enriquecimiento injusto, de la teoría de la cláusula "rebus sic stantibus", y también de la teoría de los riesgos imprevisibles. Al estar presente el interés público en el seno del contrato administrativo, la buena fe debe orientarse a esa finalidad que determinará en cada caso el alcance del objetivo de ella. De ahí que la buena fe mira, sobre todo, al fin del interés general del contrato, más que al propio interés pecuniario de la Administración." (OELCKERS CAMUS, Osvaldo. "Los riesgos y el equivalente económico en el contrato administrativo de obra pública". En: Revista de Derecho N° 4. PUC de Valparaíso. Pág. 201.)-

la norma del artículo 1955° del Código Civil. Y concluye manifestando que "(...) en el supuesto negado que nuestra primera pretensión principal sea declarada infundada o improcedente, se deberá declarar FUNDADA nuestra pretensión subordinada, ya que de otra forma se estaría convalidando una situación de enriquecimiento indebido que es repudiada por el Derecho (...)"

Pretensión Accesorio de la Primera Pretensión Subordinada a la Primera Principal

- 4.1.3.13 A efectos de fundamentar esta pretensión, LA CONTRATISTA reproduce los fundamentos analizados al argumentar la pretensión accesoria a la primera pretensión principal. Solicitando, igualmente en este caso que determinemos "(...) la fecha de inicio de cálculo los intereses, efectuar el cálculo correspondiente hasta la fecha de emisión de laudo arbitral que recaiga en el presente proceso y, además, ordenar que los intereses se calculen y devenguen hasta la fecha efectiva de pago (...)" Concluye, solicitando, igualmente "(...) que de declararse fundada nuestra pretensión subordinada a la primera pretensión principal de nuestra demanda, se declare FUNDADA la presente pretensión accesoria (...)"

Segunda Pretensión Principal

- 4.1.3.14 Afirma LA CONTRATISTA "(...) que se ha visto obligada (...) a recurrir al presente proceso arbitral como consecuencia de la conducta dolosa de la Municipalidad al haber incumplido deliberadamente con dos de sus obligaciones contractuales esenciales, corresponde que la Municipalidad asuma el íntegro de los gastos arbitrales constituidos por los honorarios de la Árbitro Único, los gastos arbitrales por concepto de secretaría arbitral más costas y costos del proceso que acreditaremos en su oportunidad. (...)"

4.1.4. Medios probatorios presentados por LA CONTRATISTA

- 4.1.4.1. En calidad de medios probatorios, LA CONTRATISTA ofreció las pruebas documentales señaladas en el apartado ..., titulado "...", de su escrito de demanda.

4.2. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA POR PARTE DE LA ENTIDAD

- 4.2.1. La contestación de la demanda fue presentada en forma extemporánea y LA ENTIDAD fue declara renuente.

V.- AUDIENCIA DE SANEAMIENTO, CONCILIACIÓN, FIJACIÓN DE PUNTOS CONTROVERTIDOS Y SANEAMIENTO PROBATORIO.

- 5.1. Mediante Resolución N°12 de fecha 8 de abril de 2019, el Árbitro Único cita a las partes a la Audiencia de Conciliación y Determinación de Puntos controvertidos para el día 30 de abril de 2019 y señaló que las partes podían presentar su propuesta de puntos controvertidos hasta un día antes de la fecha señalada para la realización de dicha audiencia.
- 5.2. Ante la existencia de una relación jurídica válida, el Arbitro Único declaró saneado el arbitraje, asimismo, habiendo analizado las pretensiones de las partes, establece que las mismas no se encuentran incursas en las excepciones establecidas en el artículo 2 del Decreto Legislativo N° 1071, por lo que se declaró saneado el arbitraje.
- 5.3. Conciliación. - El Árbitro Único invitó a las partes a conciliar con el objeto de ponerle fin al arbitraje, sin embargo, las mismas manifestaron que de momento no era posible. En consecuencia, el Arbitro Único dejó constancia de ello, expresando que la misma podía darse en cualquier estado del arbitraje.
- 5.4. Fijación del Puntos Controvertidos:
 - 5.4.1. Determinar si corresponde o no que LA ENTIDAD indemnice a LA CONTRATISTA por la suma ascendente a veintidós mil quinientos noventa y nueve y 00/1000 Nuevos Soles (S/.22,599.00); por los daños y perjuicios derivados de responsabilidad contractual causados por la supuesta inexecución deliberada por parte de LA ENTIDAD de sus obligaciones contractuales esenciales, tales como el otorgamiento de la conformidad y el pago del precio convenido en EL CONTRATO, por los bienes recibidos en la ejecución contractual.
 - 5.4.2. Si como consecuencia de resultar amparable el Primer Punto Controvertido, determinar si corresponde o no que en el Laudo Arbitral se deba indicar la fecha de inicio de computo de plazo y cálculo de los intereses devengados que deben ser pagados a LA CONTRATISTA por parte de LA ENTIDAD por los bienes recibidos en la ejecución de EL CONTRATO hasta la fecha de emisión del Laudo Arbitral ordenándose que se devenguen hasta la fecha efectiva de pago.
 - 5.4.3. En caso de no resultar amparable el Primer Punto Controvertido, determinar si corresponde o no que LA ENTIDAD pague a LA CONTRATISTA la suma ascendente a veintidós mil quinientos noventa y nueve y 00/1000 Nuevos Soles (S/. 22,599.00); por el concepto de indemnización por enriquecimiento indebido de fuente contractual.
 - 5.4.4. Si como consecuencia de resultar amparable el Tercer Punto Controvertido, determinar si corresponde o no que en el Laudo Arbitral se deba indicar la fecha de inicio de computo de plazo y cálculo de los intereses devengados que deben ser pagados a LA CONTRATISTA por parte de LA ENTIDAD por los bienes recibidos en la ejecución de EL CONTRATO hasta

la fecha de emisión del Laudo Arbitral ordenándose que se devenguen hasta la fecha efectiva de pago.

- 5.4.5. Determinar a quién corresponde el pago de los costos del presente arbitraje.
- 5.2. El Árbitro Único dejó claramente establecido que se reserva el derecho de analizar –y pronunciarse–, en su caso respecto a los puntos controvertidos no necesariamente en el orden en el que han sido señalados en dicha Acta. El Arbitro Único podrá omitir, con expresión de razones, el pronunciamiento sobre algún punto controvertido, si ello careciera de objeto en razón del pronunciamiento sobre otro u otros puntos controvertidos con los que el omitido guarde relación. Los puntos controvertidos podrán ser reajustados o reformulados por el Arbitro Único si ello resultara, a su juicio, más conveniente para resolver las pretensiones planteadas por las partes, sin que el orden empleado o el ajuste, omisión o interpretación genere nulidad de ningún tipo, sin excederse de la materia y/o pretensión sometida a este arbitraje.
- 5.3. Saneamiento Probatorio. - El Árbitro Único, atendiendo a los puntos controvertidos señalados, consideró que deben ser admitidos todos los medios probatorios presentados por las partes en el recurso de demanda y en contestación a la demanda, respectivamente.
- 5.4. Exclusión de Audiencia de Pruebas. - Atendiendo que todos los medios probatorios eran de actuación inmediata, concretamente instrumentales, se declaró concluida la etapa probatoria.

VI.- ALEGATOS ESCRITOS E INFORMES ORALES.

6.1. Alegatos Escritos

- 6.1.1. En su escrito con sumilla "Presenta Alegatos y Argumentos Adicionales para Mejor Resolver" presentado por LA CONTRATISTA con fecha 13 de mayo de 2019; reiteró el PETITORIO de su recurso de demanda.
- 6.1.2. LA ENTIDAD no presento alegatos

6.2. Informes Orales

- 6.2.1. Mediante Resolución N° 16 de fecha 24 de mayo de 2019 se dispuso –entre otros extremos– citar a las partes a la Audiencia de Informes Orales para el día 19 de julio de 2019 a las 11:30 horas, en la sede arbitral. Se hizo presente por parte de LA CONTRATISTA la abogada Pierina Mariela Guerinoni Romero y por parte de LA ENTIDAD la abogada Vivian Nataly Yenque Sarmiento acompañada de la abogada Nelly María Rossinelli Garelli.

MPC	FOLIOS
GRDAG	13

VII.- PLAZO PARA LAUDAR.

- 7.1. Considerando el estado del arbitraje y no habiendo más trámite pendiente, mediante Resolución N° 21 de fecha 9 de octubre de 2019, se fija el plazo para laudar en treinta (30) días hábiles de notificada la mencionada resolución a ambas partes, el mismo que podrá ser prorrogado por treinta (30) días hábiles adicionales. El Arbitro Único, por razones de fuerza mayor, dispuso, por Resolución N° 22 de 22 de noviembre 2019 la prórroga del plazo para Laudar

CONSIDERANDO

Antecedentes

- (1) Se pretende con este arbitraje que el árbitro único resuelva sobre daños y perjuicios e intereses legales, que se originan, según LA CONTRATISTA, como consecuencia del incumpliendo contractual consistente en la falta de pago, por parte de LA ENTIDAD, del precio de EL CONTRATO.
- (2) Los daños y perjuicios e intereses legales, son pretensiones subordinadas o accesorias a la falta de pago de precio contractual. Si no existiera la controversia por falta de pago del precio de EL CONTRATO no cabrían las pretensiones subordinadas o accesorias a dicha controversia. Los daños y perjuicios e intereses legales no son "controversia" en sí mismos – son subordinadas o accesorias. Para la existencia de esas pretensiones subordinadas o accesorias es indispensable que se haya producido un hecho –incumplimiento-, respecto a las obligaciones esenciales de EL CONTRATO – entrega del bien y pago del precio-. En el caso que nos ocupa. la falta de pago del precio contractual es al final de cuentas la controversia que origina los arbitrajes.

1° CONCLUSION. – La controversia que origina de los arbitrajes consiste en la falta de pago del precio de EL CONTRATO.

Improcedencia de la demanda

- (3) La controversia consistente en la falta de pago contractual por parte de LA ENTIDAD fue la pretensión principal –en el arbitraje en el que se emitió-, en el Laudo que alude LA CONTRATISTA en su demanda y sobre el que señala: "(...) laudo arbitral de 30 de mayo de 2016, a través del cual el árbitro único amparó la excepción de caducidad establecida en el artículo 181° del anterior Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado que resulta aplicable al presente caso (...)".
- (4) Con el mencionado Laudo se resolvió que el derecho otorgado por la LCE y su Reglamento (RLCE), para que LA CONTRASTA pueda, vía arbitral- resolver la controversia –pretensión principal,

y todas la pretensiones subordinadas y accesorias relacionadas a ella –a la controversia-, había caducado.

(5) Interpretando, pensamos, la norma del art. 2003 ⁽²²⁾, sobre la caducidad del Código Civil, - para los actos formalizados en el marco de Código acotado-. y la incertidumbre de no tener alternativa, LA CONTRATISTA, inicia el presente arbitraje, reclamando su derecho de tutela arbitral y afirmando que de ninguna manera "(...) está procurando un segundo pronunciamiento sobre las mismas pretensiones, y eso es así por el simple hecho que en el primer arbitraje estas pretensiones no merecieron ningún pronunciamiento por parte del árbitro único, motivo por el cual se solicitó la integración del laudo, siendo nuestro derecho el de obtener tutela jurisdiccional arbitral (...)". Puede afirmarse, como lo hace LA CONTRATISTA que dicha caducidad esta "(...) relacionada exclusivamente con las controversias relacionadas a los pagos (...)". Se pretende convertir lo subordinado o accesorio en principal. Para el arbitraje que nos ocupa, LA CONTRATISTA hace una mutación en el sentido de lo que era, en algún momento, subordinado y accesorio, LA CONTRATISTA lo convierte en principal.

LUIS A. ANGULO BUDGE
Abogado Arbitro
C.A.L. 6299

(6) Siempre en el marco del arbitraje, como LA CONTRATISTA no puede cobrar el precio de EL CONTRATO, pretende hacerlo vía indemnización de daños y perjuicios por la falta de pago, como si fuera lo mismos.

(7) La falta de pago, se acuerdo a Ley, origina intereses legales. Sin perjuicio de ello, si esa falta de pago ha originado daño, este debe ser probado documentalmente en forma que quede demostrado el daño y su cuantía. La solo circunstancia de la falta de pago no acredita daño que justifique la indemnización, que, en todo caso, la ley, reiteramos, establece para la falta de pago de intereses legales.

(8) O sea que como LA CONTRATISTA tiene derecho a la tutela arbitral, el árbitro unió, en este caso, debe dejar de lado la controversia –la falta de pago-, que ya no es arbitrable, gracias al laudo arbitral de 30 de mayo de 2016, y debe proceder a resolver sobre lo subordinado y accesorio.

(9) Sin la posibilidad de analizar y resolver sobre la controversia, cómo se podría determinar: primero la existencia de falta de pago y segundo que esta falta de pago ha originado los daños y perjuicios reclamados, que, como veremos después, superan todo límite indemnizatorio razonable, pues las cautelas que encierran los intereses, penalidades y las indemnizaciones, -de garantía para el cumplimiento de la obligaciones esenciales-, sólo tienen funciones contractuales coercitivas y punitivas, pero nunca, en situaciones normales, devastadoras para la economía de las partes; salvo

²² "La caducidad extingue el derecho y la acción correspondiente".

que se trate de "daño ulterior" o "daños consecuenciales" que tendrían que haber sido pactados en EL CONTRATO, no siendo este caso..

10) Nosotros pensamos que no. "Lo accesorio sigue la suerte de lo principal". Más aun cuando la "obligaciones accesorias" –sean intereses y/o indemnización de daños y perjuicios-, no son posibles de analizar –y resolver –, si antes, apreciar de veracidad del incumplimiento contractual y sus alcances legales, como es la falta de pago, que en este caso ha dejado de ser materia arbitral –en el marco de LCE-, por Laudo²³.

2° CONCLUSION. – La controversia –consistente en la falta de pago-, y las pretensiones subordinadas o accesorias, han sido declaradas no arbitrables en arbitraje anterior, con Laudo consentido; lo que hace el presente arbitraje improcedente.

Caducidad

(11) Mencionábamos en el comentario 4) anterior, a la caducidad. Debemos señalar que el plazo de caducidad, en la LCE y su Reglamento (RLCE), no están referido al pago propiamente y menos al plazo para cobrar, pues si fuera así, se entendería que no cobrar dentro del mencionado plazo, se perdería el derecho a cobrar y derecho al proceso correspondiente a tenor de la doctrina del artículo 2003 del Código Civil.

(12) La caducidad de la LCE y su Reglamento (RLCE), en este caso, no está referida ni al pago ni al cobro del precio de EL CONTRATO, sino al arbitraje, como medio alternativo de solución de controversias. Si no fuera sí, sería realmente intolerable –por no decir pernicioso-, que pudiera existir la voluntad legal de favorecer indebidamente a la entidad, la que en vía de la caducidad pudiera dejar de atender su obligación "esencial" del pago, sin posibilidad de cobrar, alentando enriquecimientos indebidos, que en los contratos formalizados en el marco de LCE y su RLCE no es posible, como veremos al tratar de la "ley aplicable".

(13) Las normas de la LCE y el RLCE han tenido, desde los años noventa –del siglo pasado-, varias versiones, que tienen en común todas ellas, la originalidad de ir creando su propia doctrina. Formando un núcleo duro alrededor de algunas instituciones. Así lo hace respecto al arbitraje. Institución está sobre la que muchos interpretan que se le ha desnaturalizado en las normas de la LCE y el RLCE, al haberla hecho obligatoria –bajo el nombre de arbitraje administrativo-, cuando el arbitraje debe ser voluntario. ¿Es realmente obligatorio? Lo obligatorio, en la ley, está solo en que debe figurar una cláusula arbitral. En la LCE, la idea inicial de "deberá resolverse mediante arbitraje"

²³ "(...) laudo arbitral e 30 de mayo de 2016 (...)"

ha evolucionado, con el tiempo, a "se resolverán mediante arbitraje". A lo que habría que agregar que el RLCE, -para bienes y servicios-, en los artículos 144 ⁽²⁴⁾, 170 ⁽²⁵⁾, 175 ⁽²⁶⁾, y 181 ⁽²⁷⁾ señala, en cada uno de los casos "podrá someterse" estableciendo un plazo de caducidad de quince (15) días hábiles de ocurrida la controversia. Vencido ese plazo, la controversia tendrá que resolverse a través de otro medio jurisdiccional que la ley permita.

(14) Precisamente el artículo 181 del RLCE., al ser modificado por el Decreto Supremo N° 138-2012-EF., tuvo un cambio sustancial con un párrafo que le fue agregado, que textualmente dice: "(...) Las controversias en relación a los pagos que la Entidad debe efectuar al contratista podrán ser sometidas a conciliación y/o arbitraje dentro del plazo de quince (15) días hábiles siguientes de vencido el plazo para hacer efectivo el pago. (...)".

(15) La caducidad -como la prescripción- representan la importancia del transcurso del tiempo en las relaciones jurídicas. Estando a lo señalado en el artículo 181 de RLCE, el derecho -de duración limitada-, de LA CONTRATISTA a que mediante arbitraje "administrativo" se resuelva la controversia origina por falta de pago, establece un plazo de caducidad de acción de 15 días, plazo que se comienza a contar desde la fecha en que tales acciones pudieron ejecutarse -momento en que se puede "hacer efectivo el pago". se trata de un derecho que nace con un plazo de vida y que, pasado éste, se extingue; es un derecho de duración limitada. Pero el derecho sometido a caducidad, -insistimos-, es el arbitraje, no el derecho a cobrar el precio de bienes que han sido entregados y recibidos debidamente.

3° CONCLUSION. - La caducidad de la LCE y de su RLCE sólo está referida al derecho a resolver la controversia vía arbitraje. No limita al interesado a llevar la controversia a otra jurisdicción.

Controversia

(16) Dice LA CONTRATISTA (1) "(...) las pretensiones que estamos proponiendo en el presente arbitraje se enmarcan en los alcances de la cláusula de solución de controversias del Contrato y dentro de la normativa de contratación estatal (..)"; (2) "(...) - las pretensiones que estamos

²⁴ Art. 144°. Nulidad del Contrato. Dentro de los quince (15) días hábiles siguientes el contratista que no esté de acuerdo con esta decisión, podrá someter la controversia a conciliación y/o arbitraje.

²⁵ Art. 170°. Efectos de la resolución del contrato. Cualquier controversia relacionada con la resolución del contrato podrá ser sometida por la parte interesada a conciliación y/o arbitraje dentro de los quince (15) días hábiles siguientes de comunicada la resolución.

²⁶ Art. 175°. Ampliación del Plazo Contractual. Cualquier controversia relacionada con la ampliación del plazo por parte de la Entidad podrá ser sometida a conciliación y/o arbitraje dentro de los quince (15) días hábiles posteriores a la comunicación de esta decisión.

²⁷ Art. 181°. Plazo para los pagos. Las controversias en relación a los pagos que la Entidad debe efectuar al contratista podrán ser sometidas a conciliación y/o arbitraje dentro del plazo de quince (15) días hábiles siguientes de vencido el plazo para hacer efectivo el pago.

MPC	FOLIOS
GRDAG	12

proponiendo no merecieron un pronunciamiento de fondo, ni siquiera se hace mención de ellas en el supuesto análisis que realizó el árbitro único de ese entonces ni en la parte resolutive del laudo arbitral. Por tanto, el laudo arbitral del 30 de mayo de 2016 no tiene efectos de cosa juzgada respecto de las pretensiones que proponemos en el presente arbitraje porque no existió ningún pronunciamiento respecto de ninguna de ellas (...).

(17) Sobre la controversia –como pretensión principal-, y las pretensiones subordinadas y accesorias ya se ha hablado anteriormente.

(18) De la lectura de las normas de la LCE y de su Reglamento (RLCE) se puede apreciar, fácilmente, las “controversias” sobre las que la partes pueden recurrir al arbitraje administrativo cualquier momento anterior a la fecha de culminación del contrato; ello en forma general, particularmente en los “casos específicos” –para bienes y servicios-, en los artículos 144 ⁽²⁸⁾, 170 ⁽²⁹⁾, 175 ⁽³⁰⁾, y 181 ⁽³¹⁾ del RLCE, para los que señala quince (15) días hábiles de ocurrida la controversia.

(19) La ley no define el concepto de “controversias”, ni señala, salvo en los “casos específicos”, cuales son los temas u opiniones contrapuestas –conflictos-, que pudieran surgir entre las partes respecto a ejecución e interpretación del contrato, que puedan dan lugar a que cualquiera de los contratantes solicite la aplicación de la cláusula –o convenio- arbitral.

(20) Sin perjuicio de ello, podemos afirmar que no es lo mismo controversia que punto controvertido. Los puntos controvertidos se fijan en función de la controversia –pretensión principal-, y a las pretensiones subordinadas o accesorias a las que aspiran las partes directamente en relación a esa controversia. En el caso que nos ocupa la controversia se origina por la falta de pago, siendo las pretensiones accesorias el pago de intereses y la indemnización por daños y perjuicios.

²⁸ Art. 144°. Nulidad del Contrato. Dentro de los quince (15) días hábiles siguientes el contratista que no esté de acuerdo con esta decisión, podrá someter la controversia a conciliación y/o arbitraje.

²⁹ Art. 170°. Efectos de la resolución del contrato. Cualquier controversia relacionada con la resolución del contrato podrá ser sometida por la parte interesada a conciliación y/o arbitraje dentro de los quince (15) días hábiles siguientes de comunicada la resolución.

³⁰ Art. 175°. Ampliación del Plazo Contractual. Cualquier controversia relacionada con la ampliación del plazo por parte de la Entidad podrá ser sometida a conciliación y/o arbitraje dentro de los quince (15) días hábiles posteriores a la comunicación de esta decisión.

³¹ Art. 181°. Plazo para los pagos. Las controversias en relación a los pagos que la Entidad debe efectuar al contratista podrán ser sometidas a conciliación y/o arbitraje dentro del plazo de quince (15) días hábiles siguientes de vencido el plazo para hacer efectivo el pago.

(21) Cuando la ley habla de intereses y penalidades lo hace sancionando el incumplimiento contractual de las obligaciones esenciales –sinalagmáticas- (en el caso de la compra-venta la entrega del bien y el pago). El atraso en el pago por parte de LA ENTIDAD, ésta debe reconocer a LA CONTRATISTA los intereses legales correspondientes. El incumplimiento por parte de LA CONTRATISTA –de entrega en este caso-, la ley establece que le será aplicable las penalidades convenidas³².

(22) Bajo EL CONTRATO, la pretensión a indemnización por daños y perjuicios y los intereses legales, no son controversias, son en todo caso derecho objetivos condicionales a ella –a la controversias-, sobre los que habría poco que discutir, si realmente se ha producido la falta de pago. Por ley, el incumpliendo está sancionado con los derechos mencionados.

4° CONCLUSION. – Vencido el plazo de caducidad establecido por el artículo 181 del RLCE, se extingue el DERECHO A SOMETER ARBITRAJE “administrativo” la controversia por falta de pago.

Intereses legales

(23) En el ámbito de la contratación regulada por la LCE, el pago de intereses es obligatorio en “caso de atraso en el pago” por encontrarse privado el acreedor de la cosa debida, de la que goza el deudor”.

(24) Entre la falta de pago y los intereses legales debe existir una relación de causalidad. Tiene que existir un incumplimiento contractual de la obligación esencial, consistente en la falta de pago, para que, en aplicación de la ley, se origine los intereses legales, que deben correr desde la fecha en que debió hacerse el pago hasta la fecha que el pago se produzca. Los intereses legales en sí mismos, sin ser contrastados con la falta de pago, no puede ser materia de controversia arbitrable.

(25) Los intereses legales son consecuencia de la falta de pago. Primero tendríamos que analizar la falta de pago como controversia, para luego señalar la viabilidad -obligación-, de los intereses. Pero es el caso que esa falta de pago, esencial para la análisis de los intereses, ya fue sometida a arbitraje planteado en forma extemporánea³³.

³² Art. 48° de la LCE.

³³ Alude LA CONTRATISTA en su demanda al “(...) laudo arbitral de 30 de mayo de 2016, a través del cual el árbitro único amparó la excepción de caducidad establecida en el artículo 181° del anterior Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado que resulta aplicable al presente caso (...)”.

LUIS A. ANGULO BUDGE
Abogado-Arbitro
CAL 6299

(26) Como comentario, de acuerdo a lo señalado anteriormente, podemos señalar que en los contratos sujetos a las normas de LCE, el atraso en el pago dará lugar al pago de intereses legales correspondientes, a la tasa fijada por el Banco Central de Reserva del Perú quien fija la tasa³⁴.

5° CONCLUSION. – La falta de pago origina los intereses legales.

Ley aplicable

(27) Una de las diferencias que apreciamos entre la acción judicial y el arbitraje –particularmente el de derecho–, es que en el primero existe siempre, para las partes, incertidumbres –una de ellas debido a que el juez tiene la posibilidad de la alternativa entre el Derecho y la Justicia. El arbitraje – que en nuestra opinión no es precisamente un proceso sino un acto contractual originado en el acuerdo arbitral–, se concreta en puntos controvertidos nacidos en una controversia durante la ejecución del contrato. Y al ser un arbitraje de derecho, el árbitro no tiene mayor alternativa que aplicar la ley, en este caso LCE y RLCE.

(28) EL CONTRATO se suscribe al amparo de la LCE y del RLCE, normas vigentes al momento del inicio del proceso de selección. De acuerdo con lo dispuesto en el numeral 8 (Reglas procesales aplicables) del Acta de Instalación, de fecha **27 de junio de 2018**, el presente arbitraje, por razones de temporalidad, se resuelve de acuerdo a lo dispuesto por la LCE, el RLCE., así como a las Directivas que apruebe la OSCE para tal efecto. Supletoriamente, regirán las normas procesales contenidas en el Decreto Legislativo N° 1071³⁵.

(29) El proceso de contratación, pese a que está conformado por actos separables en etapas sucesivas, está estructurado como una unidad orgánica y así lo entiende la LCE y su Reglamento (RLCE). Normas que regulan las diferentes etapas; particularmente cuando dichas normas tratan lo relacionado con el “expediente de contratación”. “(...) El Expediente de Contratación se inicia con el requerimiento del área usuaria (...)” “(...) Una vez aprobado la adquisición, se incorporan al mencionado expediente, sucesivamente, las actuaciones que se realicen desde la designación del Comité Especial hasta la culminación del contrato, incluyendo las ofertas ganadoras (...)”.

(30) A lo que hay que añadir que en el proceso de contratación importa, por razones del ejercicio de competencia, la actuación de los funcionarios, órganos o áreas en cada fase o etapa desde la

³⁴ C.C. Art. 1244°. – La tasa de interés legal es fijada por el BCRP (arts. 1242°, 1243° y 1244° del C.C., y el arts. 51 y 52 de la Ley Orgánica de BCRP. Se aplica cuando existe la obligación de pagar intereses y no se hubiese pactado la tasa (art. 1245° C.C.).

³⁵ Ley de Arbitraje.

decisión de adquirir o contratar de la Entidad hasta la culminación del contrato de acuerdo al artículo 42 de la LCE. "(...) El expediente de contratación se cerrará con la culminación del contrato".

(31) La estructura del proceso de contratación comprende (1) etapa inicial: que a su vez comprende: a) la determinación de las necesidades; b) las características; c) el estudio de posibilidades que ofrece el mercado; d) La determinación del valor referencial; e) Definición del Plan Anual. (2) etapa proceso de selección; (3) etapa ejecución contractual. Sobre esta base de unidad se tiene la certeza de la responsabilidad que le es inherente a la actividad que cada funcionario tiene en cada una de las actuaciones administrativas señaladas.

(32) Concebida así la unidad en la estructura del proceso de adquisición, cuando la LCE regula que la ley aplicable es la vigente al momento del inicio del "proceso de adquisición o al inicio del "proceso de selección"; está señalando la ley que va regular desde ese momento la totalidad del proceso hasta su culminación con el cierre del expediente de contratación. Ese criterio de temporalidad se encuentra amparado en Opiniones del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado – OSCE, con valor vinculante. Y ello es así, además, por "seguridad", dada la importancia del proceso de contratación donde se manejan fondos públicos, como parte de proceso de ejecución presupuestal. La LCE, en sus diferentes versiones, desde la aprobada por la Ley N° 26850 de fecha 27 de julio de 1997, recoge la teoría de la ultra-actividad de la ley o la teoría de los "derechos adquiridos".

6° CONCLUSIÓN. - Lo expuesto permite afirmar que el presente arbitraje, por razones de temporalidad, se resuelve de acuerdo a lo dispuesto por la LCE, el RLCE.

Penalidades

(33) Anteriormente, al referirnos a la norma del artículo 42 de LCE, se mencionó las "penalidades" con la que se castiga, contractualmente, al contratista en el caso de incumplimiento de su prestación esencial. La penalidad es una indemnización por daños y perjuicios. Se trata de un pacto accesorio cuyo contenido establece en forma antelada la existencia y cuantía de la eventual indemnización que la no verificación de la prestación puede originar al interés de la otra parte. La penalidad pretende, igualmente, cortar discusiones posteriores y por ello las partes convienen la pena para el caso de inexecución y/o mora, presumiendo, a favor del afectado, que será perjudicial.

(34) Ocurrido cualquiera de los hechos de incumplimiento previsto –de las obligaciones esenciales–, la pena se aplica. La inexecución y/o la mora –de la prestación objeto del contrato., equivalen a condiciones suspensivas a que se subordina la prestación de la penalidad. Para la aplicación de la

penalidad no es necesario que el afectado pruebe los daños y perjuicios sufridos, solo puede exigirse cuando el incumplimiento obedece a causas imputables al obligado.

(35) La LCE y el RLCE regulan la penalidad como obligatoria, cuando esa misma institución, bajo la figura de la "cláusula penal", es regulada por el Código Civil como "acuerdo entre partes". Lo que si recoge la LCE de la práctica privada es el tope indemnizatorio del 10% del monto contractual.

7° CONCLUSIÓN. – El incumplimiento por parte de los contratistas de su obligación esencial, genera el pago de las penalidades convenidas.

Daños y perjuicios

(36) Puede darse el caso, que tanto los intereses como las penalidades, como medios compensatorios, resulten insuficientes frente al daño causado por el incumplimiento –en este caso una supuesta falta de pago-, y la parte afectada, en este caso LA CONTRATISTA requiere de una indemnización mayor. Estaríamos el daño ulterior.

(37) En principio el daño ulterior debe estar pactado en el contrato. En todo caso la exigencia o demanda de indemnización por daños y perjuicios no es una cuestión declarativa. Corresponde al afectado acreditar la existencia y cuantía de los daños sufridos; ello al amparo del artículo 1311 del Código Civil³⁶.

8° CONCLUSIÓN. – La parte que se considere afecta y pretenda ser indemnizada, debe acreditar la existencia y cuantía de los daños sufridos.

Costas

(38) Tomando en consideración que no se ha acreditado la existencia de algún acuerdo previo entre las partes³⁷ que se pronuncie sobre el pago de costas y costos en el presente arbitraje, corresponde al Árbitro Único decidir al respecto.

(39) El Arbitro Único considera que la asunción de los gastos y costos del presente arbitraje deben ser asumidos íntegramente por LA CONTRATISTA, en la medida que ha quedado demostrado que, al propiciar el presente arbitral en forma extemporánea, ha afectado a LA ENTIDAD, al verse obligada con este arbitraje a incurrir en mayores gastos.

³⁶ "Prueba de daños y perjuicios. - La prueba de los daños y perjuicios y de su cuantía también corresponden al perjudicado...".

³⁷ En concordancia con el artículo 69 de la Ley de Arbitraje aprobada por Decreto Legislativo N° 1071.

(40) Los honorarios del Árbitro Único y de la Secretaria Arbitral son parte de los costos y ascienden a la suma de Catorce mil treinta y 00/100 Nuevos Soles (S/. 14,030.00). Para efectos de estos costos, es preciso señalar que LA CONTRATISTA, en su momento y de acuerdo a ley, se subrogó en el pago por defecto de LA ENTIDAD frente a dicha obligación.

9° CONCLUSIÓN: LA CONTRATISTA debe asumir las costas y costos del presente arbitraje, conceptos que deben ser liquidados en la ejecución del presente Laudo.

Epilogo

(41) Se precisa que los demás actuados que no han sido glosados, no modifican las consideraciones anteriormente expuestas, por lo que estando a los considerandos y conclusiones precedentes y habiéndose cumplido con todas las etapas del arbitraje y siendo el estado del mismo el de resolver la controversia planteada en autos, el Arbitro Único pasa a pronunciarse sobre la misma según lo siguiente:

LAUDA:

PRIMERO: DECLARAR la IMPROCEDENCIA del presente arbitraje, por lo que se desecha la demanda planteada por JHOMERON S.A.C., por contener pretensiones que han sido materia de un Laudo anterior.

SEGUNDO: DISPONER que JHOMERON S.A.C., asuma las costas y costos del presente arbitraje, conceptos que deberán ser liquidados en la ejecución del presente Laudo, para tal efecto se SEÑALA que los honorarios del Árbitro Único y de la Secretaria Arbitral son parte de los costos y ascienden a la suma de Catorce mil treinta y 00/100 Nuevos Soles (S/. 14,030.00).

Notifíquese a las partes


LUIS ALBERTO ANGULO BUDGE
Árbitro Único