

LAUDO DE DERECHO

Laudo de Derecho que en la controversia surgida entre M&F Servicios Empresariales S.A.C. con la Municipalidad Distrital de San Miguel, dicta el Árbitro Único, doctor Gustavo de Vinatea Bellatín.

Número de Expediente de Instalación: 1093-2017

Demandante: M&F Servicios Empresariales S.A.C. *(en lo sucesivo, el Contratista)*.

Demandado: Municipalidad Distrital de San Miguel *(en lo sucesivo, la Entidad)*

Contrato: Contrato S/N para la "contratación del servicio de mantenimiento de parques, jardines, bermas y servicio de recolección y eliminación de maleza y poda residencial del distrito de San Miguel".

Monto del Contrato: S/. 12'802,356.00

Cuantía de la Controversia: S/. 3'997,098.02

Tipo y Número de Proceso de Selección: Concurso Público N° 002-21-CE/MDSM

Árbitro Único: Dr. Gustavo de Vinatea Bellatín

Secretaría Arbitral: Arbitre Soluciones Arbitrales S.R.L. – Dra. Lucía Mariano Valerio

Monto de los honorarios del Árbitro Único: S/. 38,768.97

Monto de los honorarios de la Secretaría Arbitral: S/. 22,802.91

Fecha de emisión del laudo: 14 de enero de 2019

N° de Folios: 50

Pretensiones (controversias relacionadas a las siguientes materias):

- ☐ Nulidad, invalidez, inexistencia y/o ineficacia del contrato.
- ☐ Resolución del contrato.
- ☐ Ampliación del plazo contractual.
- ☐ Defectos o vicios ocultos.
- ☐ Formulación, aprobación o valorización de metrados.
- ☐ Recepción y conformidad.
- ☐ Liquidación y pago.
- ☐ Mayores gastos generales.

☒ Indemnización por daños y perjuicios.

- ☐ Enriquecimiento sin causa.
- ☐ Adicionales y reducciones.
- ☐ Adelantos.
- ☐ Penalidades.
- ☐ Ejecución de garantías.
- ☐ Devolución de garantías.
- ☒ Otros: Pago de servicios**

ÍNDICE

I. ANTECEDENTES.....	3
II. LO ACTUADO EN EL PROCESO ARBITRAL	4
III. COSTOS DEL PROCESO.....	9
IV. DECLARACIONES PRELIMINARES.....	10
V. ANÁLISIS DE LA MATERIA CONTROVERTIDA:	11
PRIMER PUNTO CONTROVERTIDO	11
SEGUNDO PUNTO CONTROVERTIDO	11
TERCER PUNTO CONTROVERTIDO	41
CUARTO PUNTO CONTROVERTIDO	47
VI. LAUDO.....	48

Resolución N° 17

En Lima, a los 14 días del mes de enero de 2019, realizadas las actuaciones arbitrales de conformidad con la ley y las normas establecidas por las partes, escuchados los argumentos del Contratista y la Entidad, este Árbitro Único dicta el presente Laudo de Derecho.

I. ANTECEDENTES

1.1. El 12 de enero de 2014, las partes celebraron Contrato S/N para la "contratación del servicio de mantenimiento de parques, jardines, bermas y servicio de recolección y eliminación de maleza y poda residencial del distrito de San Miguel". (en adelante, el Contrato).

1.2. La Cláusula Vigésimo Cuarta del Contrato dispone lo siguiente:

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

1.3. El 20 de febrero de 2017, en la sede institucional del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado - OSCE, el Árbitro Único, los representantes de ambas partes, conjuntamente con la señorita Karla Yessenia Madueño Hilario, profesional de la Subdirección de Asuntos Administrativos Arbitrales, en representación de la Dirección de Arbitraje Administrativo del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado-OSCE, participaron en la Audiencia de Instalación del Árbitro Único, dejando constancia de la inasistencia de ambas partes. En ese mismo acto, el Árbitro Único ratificó su aceptación al cargo, señalando que no tiene ninguna incompatibilidad ni compromiso alguno con las partes, obligándose a desempeñar con imparcialidad y probidad la

labor encomendada; y expresando a la parte asistente su conformidad con la designación realizada, manifestando que al momento de la realización de dicha audiencia no tiene conocimiento de alguna causa que pudiera motivar una recusación.

- 1.4. En esta Audiencia, a la que en lo sucesivo nos referiremos como el "Acta de Instalación", el Árbitro Único fijó las reglas de este arbitraje estableciendo que es uno ad hoc, nacional y de Derecho.
- 1.5. Así también, este Árbitro Único encargó la secretaría del proceso al abogado Alejandro Ponce Gálves Duran, estableciendo como sede del arbitraje la oficina ubicada en Calle Lizardo Alzamora N° 193, Distrito de San Isidro, Provincia y Departamento de Lima.

II. LO ACTUADO EN EL PROCESO ARBITRAL

- 2.1. El 13 de marzo de 2017, el Contratista presentó el escrito de su demanda, solicitando el reconocimiento de sus pretensiones para lo cual ofreció los medios probatorios que detalló y adjuntó al mismo.
- 2.2. Mediante Resolución N° 1, se admitió a trámite la demanda, otorgando a la Entidad el plazo de quince (15) días hábiles para que presente su contestación, asimismo, se le corrió traslado de la acumulación de pretensiones.
- 2.3. Ante ello, mediante escritos del 10 de abril de 2017, la Entidad contestó a la demanda ofreciendo sus medios probatorios. Por su parte, mediante escrito del 21 de marzo de 2017, el Contratista ofreció medios probatorios adicionales.
- 2.4. Al respecto, mediante Resolución N° 2 se tuvo por contestada la demanda, y se corrió traslado a la Entidad, por el plazo de cinco (5) días hábiles, de los medios probatorios ofrecidos por su contraparte.

- 2.5. En ese sentido, mediante escrito del 16 de mayo de 2017, el Contratista absolvió el traslado conferido mediante Resolución N° 32, se tuvo presente ello y se otorgó a las partes el plazo de cinco (5) días hábiles para que presenten sus propuestas de puntos controvertidos.
- 2.6. Así, mediante escrito del 2 de agosto de 2017, el Contratista presentó su propuesta de puntos controvertidos. Por su parte, la Entidad no presentó la suya.
- 2.7. Luego, mediante Resolución N° 4, se dispuso que la Secretaría Arbitral estaría a cargo de Arbitre Soluciones Arbitrales, estableciendo como Sede Arbitral, las oficinas ubicadas en Calle Río De La Plata N° 167, oficina 102, Distrito de San Isidro, Provincia y Departamento de Lima.
- 2.8. En ese sentido, mediante Razón de Secretaría Arbitral del 29 de agosto de 2017, se informó el estado del proceso, por lo que, mediante Resolución N° 5, ello se puso en conocimiento de las partes por el plazo de diez (10) días hábiles, a efectos de que manifiesten lo conveniente a su derecho, luego de lo cual, de no existir cuestionamiento, se tendrían por ratificadas las actuaciones arbitrales.
- 2.9. Ante ello, mediante escrito del 5 de setiembre de 2017, el Contratista manifestó que no encuentra objeción alguna a las actuaciones del presente proceso, asimismo, solicitó se lleve a cabo la Audiencia de Conciliación Fijación de Puntos Controvertidos.
- 2.10. Así las cosas, se tuvieron por ratificadas las actuaciones del presente proceso, se tuvo presente la propuesta de puntos controvertidos presentada por el Contratista. Asimismo, se fijaron los siguientes puntos controvertidos:
1. Determinar si corresponde o no ordenar a la Entidad pague a favor del Contratista, la suma de S/. 3'584,020.50 (Tres millones quinientos ochenta y cuatro mil veinte y 50/100 soles), correspondiente a: **1)** los

servicios prestados en los meses de Setiembre, Octubre, Noviembre y Diciembre de 2014; y, Marzo, Abril, Mayo, Junio, Julio y Agosto de 2016; y, **2) las detracciones retenidas por la Entidad correspondientes a las facturas emitidas en Mayo y Junio de 2014; Noviembre de 2015; y, Enero y Febrero de 2016, más los intereses legales desde la presentación de la demanda.**

2. Determinar si corresponde o no ordenar a la Entidad pague a favor del Contratista, la suma de S/. 57,456.52 (Cincuenta y siete mil cuatrocientos cincuenta y seis y 52/100 soles), por concepto de incremento de la Remuneración Mínima Vital aprobado en Mayo de 2016 por el Decreto Supremo N° 005-2016-TR, correspondiente al período Mayo – Agosto de 2016, más los intereses legales desde la presentación de la demanda.
3. Determinar si corresponde o no, ordenar a la Entidad pague a favor del Contratista la suma de S/ 355,621.00 (Trescientos cincuenta y cinco mil seiscientos veinte y un y 00/100 soles) por concepto de daño emergente y lucro cesante, más los intereses legales desde la presentación de la demanda. ✓
4. Determinar a quién y qué porcentaje corresponde asumir las costas y costas del presente proceso. ✓

2.11. Adicionalmente, se otorgó a las partes, el plazo de cinco (5) días hábiles a efectos de que expresen lo que corresponda a su derecho respecto de dichos puntos controvertidos, así como, presentar una fórmula conciliatoria, si así lo estiman pertinente.

2.12. Seguidamente, se admitieron los medios probatorios conforme a lo siguiente:

Del Consorcio: los documentos detallados en el acápite "MEDIOS PROBATORIOS" de su escrito de fecha 13 de marzo de 2017; así como, los ofrecidos mediante escrito de fecha 21 de marzo de 2017.

En ese sentido, se otorgó a la Entidad el **plazo de diez (10) días hábiles** para que **cumpla** con exhibir lo siguiente:

- Documentos emitidos por el Gerente de Servicios a la Ciudad y Medio Ambiente de la Entidad, mediante los cuales ésta otorgó al Contratista, las conformidades de servicio correspondientes a los meses de mayo, junio, setiembre y octubre de 2014; noviembre de 2015; enero, febrero, marzo, abril, mayo, junio, julio y agosto de 2016.
- Documentos correspondientes a los Presupuestos Institucionales de Apertura para los años 2014, 2015 y 2016, donde conste la suma presupuestada como ingresos por el Arbitrio de Mantenimiento de Parques y Jardines; así como, la de los gastos por concepto de "Mantenimiento de parques y jardines y "Rehabilitación de parques".
- Documentos correspondientes a la ejecución presupuestal de ingresos y egresos de los Presupuestos Institucionales de Apertura para los años 2014, 2015 y 2016, donde consten los ingresos efectivamente recaudados por concepto del Arbitrio de Mantenimiento de Parques y Jardines; así como, los gastos efectivamente realizados por concepto de "Mantenimiento de parques y jardines y "Rehabilitación de parques".
- Recibos de pago a la SUNAT por las detracciones correspondientes a las facturas emitidas por el Contratista por concepto de los servicios brindados en mayo y junio de 2014; noviembre de 2015; y, enero y febrero de 2016

De la Entidad: los documentos detallados en el acápite "IV. MEDIOS PROBATORIOS" de su escrito de fecha 10 de abril de 2017.

- 2.13. Finalmente, se citó a las partes el 3 de octubre de 2017 a partir de las 17:00 horas, a la Audiencia de Pruebas, a efectos de llevar a cabo la Declaración Testimonial de la señora Verónica Milagros Muñoz Sánchez, de ocupación Gerente de Administración y Finanzas de la Entidad y a la Audiencia de Ilustración de Posiciones.
- 2.14. Ante ello, mediante escrito del 29 de setiembre de 2017, el Contratista manifestó conformidad con los puntos controvertidos. Por su parte, la Entidad solicitó la reprogramación de las audiencias citadas mediante Resolución N° 6.
- 2.15. Al respecto, mediante Resolución N° 7 se tuvo por formalizada la reprogramación de las audiencias en referencia reprogramándose para el 13 de diciembre a las 17:00 horas, se tuvieron por ratificados los puntos controvertidos y se informó que Arbitre Soluciones Arbitrales designó como Secretaría Arbitral a la abogada Lucía Mariano Valerio.
- 2.16. Sin embargo, mediante Resolución N° 8 se volvió a reprogramar las audiencias por causas de fuerza mayor para el 15 de enero de 2018 a las 17:00 horas.
- 2.17. Es así que, en esta fecha se llevó a cabo la ilustración de posiciones, otorgando a ambas partes el uso de la palabra y oportunidad de réplica y dúplica, para que, finalmente, el Árbitro Único realice las preguntas que consideró pertinentes, las cuales fueron debidamente absueltas. En este acto, se emitió la Resolución N° 9, a través de la cual se requirió a la Entidad para que, en el plazo de siete (7) días hábiles cumpla con la exhibición documental dispuesta en la Resolución N° 6, la cual se tendrán por cumplida con la presentación de copias certificadas de esta documentación, bajo apercibimiento de tener en cuenta su conducta procesal.

- 2.18. Asimismo, en dicho acto, el Contratista prescindió del medio probatorio referido a la declaración testimonial de la señora Verónica Milagros Muñoz Sánchez, por lo que, corresponde tener al Contratista por desistido de este medio probatorio.
- 2.19. Luego, mediante Resolución N° 10, tuvo por no cumplida, por parte de la Entidad, la exhibición de documentación requerida mediante Resolución N° 6, lo cual se tendría en cuenta en su conducta procesal; luego, se declaró el cierre de la etapa probatoria, concediendo a las partes el plazo de diez (10) días hábiles, a efectos de que presenten sus alegatos escritos.
- 2.20. Ante ello, mediante escritos del 14 de marzo de 2018 ambas partes presentaron sus alegatos escritos, por lo que, mediante Resolución N° 12 se tuvieron por presentados, dejándose constancia de que ninguna parte solicitó Audiencia de Informes Orales.
- 2.21. Posteriormente, mediante Resolución N° 14 se declaró el cierre de la instrucción y, estableció el plazo para laudar de treinta (30) días hábiles, el mismo que podría ser prorrogado por treinta (30) días hábiles adicionales, a entera discreción del Árbitro Único.
- 2.22. Finalmente, mediante Resolución N° 15 se prorrogó el plazo para laudar en treinta (30) días hábiles, en consecuencia, el plazo para laudar vencerá indefectiblemente el **14 de enero de 2018.** 7

III. COSTOS DEL PROCESO

- 3.1. En los numerales 56 y 57 del Acta de Instalación se fijó el primer anticipo honorarios del Árbitro Único ascendente a S/ 30,284.00 y de la Secretaría Arbitral ascendente a S/ 17,149.00 que debían pagar las partes en proporciones iguales.

- 3.2. Mediante Resolución N° 3, se tuvo por acreditado el pago del anticipo de honorarios arbitrales por el Contratista por su parte y de la Entidad. ⁷ ₈₀₈
- 3.3. Mediante Resolución N° 11 se fijó el segundo anticipo honorarios del Árbitro Único ascendente a S/ 8,484.97 y de la Secretaría Arbitral ascendente a S/ 5,653.91 que debían pagar las partes en proporciones iguales.
- 3.4. Mediante Resolución N° 14, se tuvo por acreditado el pago del segundo anticipo de honorarios arbitrales por parte del Contratista, y se le facultó para que asuma el pago a cargo de la Entidad.
- 3.5. Mediante Resolución N° 14 se tuvo por acreditado el pago del segundo anticipo de honorarios arbitrales de la Entidad, que asumió el Contratista vía subrogación.

IV. DECLARACIONES PRELIMINARES

- 4.1. Antes de analizar la materia controvertida, corresponde remarcar lo siguiente:
- (i) El Árbitro Único se ha instalado de conformidad con las normas que regulan la contratación estatal y con la conformidad de las partes.
 - (ii) El Contratista interpuso su demanda dentro del plazo previsto, ofreciendo las pruebas correspondientes.
 - (iii) La Entidad fue debidamente emplazada con la demanda, habiéndola contestado oportunamente.
 - (iv) Las partes han tenido plena oportunidad para ofrecer sus pruebas.

(v) Se han analizado todas las afirmaciones y todas las pruebas admitidas en el proceso, otorgándoles el mérito que les corresponde aun cuando no se haga mención expresa de ellas en este Laudo.

*Tiene que expresarse
respecto de todos*

(vi) El presente Laudo de Derecho se emite dentro del plazo previsto en el Acta de Instalación.

V. ANÁLISIS DE LA MATERIA CONTROVERTIDA:

Haciendo uso de las facultades atribuidas en el Acta de Instalación, este Árbitro Único procede a analizar los puntos controvertidos fijados precedentemente, no necesariamente en el orden en que fueron planteados, para lo cual deberá analizar lo siguiente:

PRIMER PUNTO CONTROVERTIDO

Determinar si corresponde o no ordenar a la Entidad pague a favor del Contratista, la suma de S/. 3'584,020.50 (Tres millones quinientos ochenta y cuatro mil veinte y 50/100 soles), correspondiente a: 1) los servicios prestados en los meses de Setiembre, Octubre, Noviembre y Diciembre de 2014; y, Marzo, Abril, Mayo, Junio, Julio y Agosto de 2016; y, 2) las detracciones retenidas por la Entidad correspondientes a las facturas emitidas en Mayo y Junio de 2014; Noviembre de 2015; y, Enero y Febrero de 2016, más los intereses legales desde la presentación de la demanda.

SEGUNDO PUNTO CONTROVERTIDO

Determinar si corresponde o no ordenar a la Entidad pague a favor del Contratista, la suma de S/. 57,456.52 (Cincuenta y siete mil cuatrocientos cincuenta y seis y 52/100 soles), por concepto de incremento de la Remuneración Mínima Vital aprobado en Mayo de 2016 por el Decreto Supremo N° 005-2016-TR, correspondiente al período Mayo – Agosto de 2016, más los intereses legales desde la presentación de la demanda.

Tercero?

POSICIÓN DEL CONTRATISTA:

- 5.1. El Contratista afirma que la suma adeuda se ha generado en dos tramos: El primer tramo, corresponde a los adeudos por los meses de Setiembre, Octubre y Noviembre de 2014, que se acreditan con las Letras de Cambio debidamente protestadas ante Notario Público Aníbal Corvetto Romero, las que fueron devueltos a la Entidad por solicitud de su Alcalde señor Eduardo Bless Cabrejas el 22 de Enero de 2015, a través de la Carta GG-MF/0021-2015 de fecha 22 de Enero de 2015; asimismo corresponde a este período las detracciones retenidas por la Entidad de los meses de Mayo y Junio de 2014 no abonadas a la SUNAT.
- 5.2. Al respecto, el Contratista precisa que en dicho documento de devolución se señaló que las Letras de Cambio se aceptaron como compromiso de pago y pese a estar protestadas, no se realizó ninguna gestión de cobro respecto de dichos títulos valores; con la finalidad de demostrar que el Contratista entendía que se había producido el ingreso de la nueva Administración Municipal
- 5.3. El segundo tramo de la deuda, correspondería a los servicios impagos por los meses de Diciembre de 2014 y Marzo, Abril, Mayo, Junio, Julio y Agosto de 2016, así como la detracción retenida del mes de Noviembre de 2015 y a la detracción retenida del mes de Enero y Febrero de 2016 no abonadas a la SUNAT.
- 5.4. Respecto de ambos, el Contratista señala que cada mes, cursó las correspondientes cartas dirigidas a los Gerentes de Servicios a la Ciudad y Medio Ambiente de la Entidad, comunicando la prestación de la totalidad del servicio mensual contratado, con detalle de las acciones de trabajo realizadas, conforme las Cláusulas Cuarta – Del pago y Novena – Conformidad del servicio del contrato. En ningún caso, la Entidad habría objetado el contenido de estas cartas presentadas a la mencionada Gerencia, lo que, según el Contratista, acreditaría que los

servicios fueron debidamente prestados a satisfacción de la Entidad y actualmente se encuentran pendientes de pago.

- 5.5. Estos adeudos estarían acreditados con las Letras de Cambio debidamente protestadas y correspondientes a los meses de Setiembre, Octubre y Noviembre de 2014, que fueron devueltos a la Entidad por solicitud de su Alcalde señor Eduardo Bless Cabrejas el 22 de Enero de 2015; en tanto que en el caso de los adeudos de Diciembre de 2014 y Marzo, Abril, Mayo, Junio, Julio y Agosto de 2016, están acreditados con las facturas oportunamente giradas a la Entidad y con las cartas de requerimiento que se cursaron en su momento que se acompañarían a la demanda. Además, el Contratista considera que debe tenerse en cuenta tales facturas ya generaron un Impuesto General a la Ventas (IGV) que debió ser asumido por el Contratista por incumplimiento de la Entidad.
- 5.6. Asimismo, el Contratista señala que en ningún caso la Entidad objetó el contenido y monto de dichas facturas ni cuestionó los términos de las cartas de requerimiento presentadas, lo que acredita que los servicios fueron debidamente prestados y se encuentran pendientes de su cancelación, como se acreditaría con las gestiones realizadas para obtener el pago de sus servicios. Sobre este punto, el Contratista considera que el pago de estos servicios estaba debidamente presupuestado por ser servicios esenciales y estaban financiados por el Arbitrio de Parques y Jardines aprobados por Ordenanza Municipal, por lo que el impago de estos servicios no tiene ninguna justificación.
- 5.7. De otro lado, el Contratista acota que por Ordenanza N° 254-MDSM el Concejo Distrital de la Entidad aprobó la Ordenanza de Régimen Tributario de Arbitrios Municipales para el año 2014, que incluía el Arbitrio de Mantenimiento de Parques y Jardines, ratificado por Acuerdo de Concejo N° 2737-2013-MML de la Municipalidad Metropolitana de Lima. Luego, por Ordenanza N° 273-MDSM se aprobó la Ordenanza de Régimen Tributario de Arbitrios Municipales para el año 2015, que incluía

el Arbitrio de Mantenimiento de Parques y Jardines, siendo igualmente ratificado por Acuerdo de Concejo N° 2335-2014-MML de la Municipalidad Metropolitana de Lima. Finalmente, por Ordenanza N° 300-MDSM se aprobó la Ordenanza de Régimen Tributario de Arbitrios Municipales para el año 2016, que incluía el Arbitrio de Mantenimiento de Parques y Jardines.

- 5.8. Por ende, ambos ítems del Contrato del Servicio de Mantenimiento de Parques, Jardines, Bermas y Servicio de Recolección y Eliminación de Maleza y Poda Residencial, fueron debidamente presupuestados por la Entidad para su financiamiento con cargo al Presupuesto Institucional. Así, el Presupuesto Institucional de Apertura de ingresos y gastos para el año 2014, fue aprobado por Acuerdo de Concejo N° 97-2013-MDSM de fecha 13 de Diciembre de 2013, estableciendo la suma de S/ 30'466,009.00 por concepto de ingresos tributarios. Luego, el Presupuesto Institucional de Apertura de ingresos y gastos para el año 2015, fue aprobado por Acuerdo de Concejo N° 93-2014-MDSM de fecha 16 de Diciembre de 2014, estableciendo la suma de S/ 30'177,543.00 por concepto de ingresos tributarios.
- 5.9. Finalmente, el Presupuesto Institucional de Apertura de ingresos y gastos para el año 2016, fue aprobado por Acuerdo de Concejo N° 149-2015-MDSM de fecha 22 de Diciembre de 2015, estableciendo la suma de S/ 32'999,023.00 por concepto de ingresos tributarios. Respecto de este Presupuesto, se aprobaron los conceptos de "Mantenimiento de parques y jardines" por S/ 9'947,060.00 y por "Rehabilitación de parques" por S/ 1'168,442.00; lo que demostraría que la Entidad sí contaba con los recursos financieros suficientes para abonar los adeudos al Contratista.
- 5.10. Ahora bien, respecto a las gestiones de cobranza realizadas ante la Entidad, el Contratista afirma que ha venido realizando intensas gestiones de cobranza a través de documentos y con reuniones personales con la Gerente de Administración y Finanzas señora Verónica Milagros Muñoz Sánchez. Así, mediante Carta GG-MF/081-2015

(Doc. N° 005797-2015) de fecha 16 de Marzo de 2015, dirigido a la citada Gerente de Administración y Finanzas de la Entidad se les comunicó que al 31 de Diciembre de 2014 que el adeudo a favor de nuestra empresa ascendía al monto de S/. 1'493,608.20 (UN MILLON CUATROCIENTOS NOVENTA Y TRES MIL SEISCIENTOS OCHO CON 20/100 SOLES) y que correspondía al saldo del pago de detracción retenida que debía efectuar la Entidad a la SUNAT de los meses de Mayo y Junio de 2014 y del servicio ejecutado efectivamente de los meses de Setiembre, Octubre, Noviembre y Diciembre 2014.

5.11. Luego, mediante Carta GG-MF/108-2016 (Doc. N° 016703-2016) de fecha 05 de Julio de 2016, dirigido a la Gerente de Administración y Finanzas de la Entidad se les comunicó que al 30 de Junio de 2016 el monto adeudado ascendía a S/. 3'022,778.50 (TRES MILLONES VEINTIDOS MIL SETECIENTOS SETENTA Y OCHO CON 50/100 SOLES) y que correspondía al saldo del pago de detracción retenida que debía efectuar la Entidad a la SUNAT de los meses de Mayo y Junio de 2014, al saldo del pago de detracción retenida que debía efectuar la Entidad a la SUNAT del mes de Noviembre de 2015 y del servicio ejecutado efectivamente de los meses de Setiembre, Octubre, Noviembre y Diciembre 2014 y de los meses de Marzo, Abril, Mayo y Junio 2016.

5.12. Igualmente y mediante Carta GG-MF/110-2016 (Doc. N° 016786-2016) de fecha 06 de julio de 2016, dirigido a la Gerente Municipal de la Entidad se le hizo de conocimiento la Carta GG-MF/108-2016 (Doc. N° 016703-2016) de fecha 05 de Julio de 2016, dirigido a la Gerente de Administración por la que se hacía de conocimiento el adeudo que mantenía la Entidad al 30 de Junio de 2016 el mismo que ascendía al monto de S/. 3'022,778.50 (TRES MILLONES VEINTIDOS MIL SETECIENTOS SETENTA Y OCHO CON 50/100 SOLES).

5.13. Después, mediante Carta GG-MF/123-2016 (Doc. N° 019558-2016) de fecha 08 de Agosto de 2016, dirigido a la Gerente de Administración y Finanzas de la Entidad se les hizo de conocimiento que al 31 de Julio de

2016 la deuda ascendía al monto de S/. 3'271,491.50 (TRES MILLONES DOSCIENTOS SETENTA Y UN MIL CUATROCIENTOS NOVENTA Y UN CON 50/100 SOLES) y que corresponde al saldo del pago de detracción retenida que debía efectuar la Entidad a la SUNAT de los meses de Mayo y Junio de 2014, al saldo del pago de detracción retenida que debía efectuar la Entidad a la SUNAT del mes de Noviembre de 2015, al saldo del pago de detracción retenida que debía efectuar la Entidad a la SUNAT del mes de Enero, Febrero y Junio de 2016 y del servicio ejecutado efectivamente de los meses de Setiembre, Octubre, Noviembre y Diciembre 2014 y de los meses de Marzo, Abril, Mayo, Junio y Julio 2016.

- 5.14. Asimismo, el Contratista afirma que, en cumplimiento de lo pactado en la Cláusula Tercera – Monto contractual, solicitó el reajuste del monto contratado por concepto de incremento de la Remuneración Mínima a partir de 01 de Mayo de 2016 de acuerdo a lo dispuesto por el Decreto Supremo N° 005-2016-TR, mediante la Carta N° 083-2016-GG/M&F (Doc. N° 013034-2016) de fecha 24 de Mayo de 2016, dirigida a la Gerente de Administración y Finanzas y reiterada con Carta N° 099-2016-GG/M&F (Doc. N° 015286-2016) de fecha 17 de junio de 2016. El monto de dicho reajuste comprendía el período de Mayo a Julio de 2016.
- 5.15. Posteriormente, con la Carta GG-MF/128-2016 (Doc. N° 019562-2016) de fecha 08 de Agosto de 2016, dirigido al Subgerente de Tesorería de la Entidad se les hizo de conocimiento las detracciones no depositadas a la SUNAT por la Entidad al Banco de la Nación por el monto de S/. 177,810.50 (CIENTO SETENTA Y SIETE MIL OCHOCIENTOS DIEZ CON 50/100 SOLES) y de EMBARGOS ejecutados contra el Contratista por la SUNAT por las detracciones no depositadas por la Entidad para el pago del IGV por el monto de S/. 290,237.06 (DOSCIENTOS NOVENTA MIL DOSCIENTOS TREINTA Y SIETE CON 06/100 SOLES), sin respuesta ni cancelación a la fecha del pago respecto a la Detracción.

- 5.16. Igualmente, mediante Carta GG-MF/130-2016 (Doc. N° 019561-2016) de fecha 08 de Agosto de 2016, dirigido a la Gerente de Administración y Finanzas de la Entidad- superior jerárquica del Subgerente de Tesorería - se les hizo de conocimiento las detracciones no depositadas a la SUNAT por la Entidad al Banco de la Nación por el monto de S/. 177,810.50 (CIENTO SETENTA Y SIETE MIL CON 50/100 SOLES) y de EMBARGOS ejecutados contra nuestra empresa por la SUNAT por las detracciones no depositadas por la Entidad para el pago del IGV por el monto de S/. 290,237.06 (DOSCIENTOS NOVENTA MIL DOSCIENTOS TREINTA Y SIETE CON 06/100 SOLES), sin respuesta ni cancelación a la fecha del pago respecto a la detracción.
- 5.17. Finalmente, mediante Carta GG-MF/142-2016 (Doc. N° 021825-2016) de fecha 02 de Setiembre de 2016, dirigido a la Gerente de Administración y Finanzas de la Entidad se les hizo de conocimiento el adeudo total que mantiene esta parte, al 31 de Agosto de 2016, ascendía al monto de S/. 3'641,477.02 (TRES MILLONES SEISCIENTOS CUARENTA Y UN MIL CUATROCIENTOS SETENTISIETE CON 02/100 SOLES), sin respuesta ni pago alguno a la fecha.
- 5.18. Para el Contratista, estos incumplimientos se efectuaron en abierta infracción de lo estipulado en la Cláusula Cuarta: Del pago del contrato, al haber vencido en exceso la oportunidad para hacer efectivo el pago de sus servicios, sin que se les haya comunicado causa justificada de la demora en los pagos, ni impuesto penalidades que lo explicaran, lo que constituye una abierta infracción a la Cláusula Décimocuarta - Responsabilidad de las partes.
- 5.19. Ante la negativa de la Entidad a atender sus requerimientos de pago, es que por Carta Notarial N° 055800, diligenciada por la Notaría Landázuri e ingresada con fecha 17 de Agosto de 2016, bajo Registro N° 020444, el Contratista cursó un requerimiento de pago por la suma adeudada al mes de Julio 2016, otorgándoles un plazo de cinco días bajo apercibimiento de resolución del contrato, conforme lo dispuesto en los

Artículos 40° inciso c) y 44° de la Ley de Contrataciones del Estado y los Artículos 167°, 168°, 169° y demás pertinentes de su Reglamento.

- 5.20. Asimismo, precisa que, pese al atraso en el pago de sus servicios había tratado de mantener el servicio con sus propios recursos, lamentablemente la situación se hizo insostenible y pese sus esfuerzos por lograr que el personal siga laborando, los trabajadores ya se habían negado a laborar.
- 5.21. Así las cosas, el Contratista señala que tampoco hubo respuesta de la Entidad, por lo que el contrato quedó resuelto de pleno derecho desde el pasado 25 de Agosto de 2016. Por tal razón, al amparo de la Cláusula Décimosexta – Solución de controversias del contrato, el Contratista presentó con fecha 14 de Setiembre de 2016 una Solicitud de Conciliación ante el Centro de Conciliación Extrajudicial PATMOS, procedimiento que se ventiló bajo el Expediente N° 866-2016 y que finalizó por inasistencia de la Entidad, conforme el Acta de Conciliación por Inasistencia de una de las partes a dos sesiones, Acta N° 926-2016, de fecha 05 de Octubre de 2016.
- 5.22. Finalizada la etapa conciliatoria pactada en el Contrato del Servicio de Mantenimiento de Parques, Jardines, Bermas y Servicio de Recolección y Eliminación de Maleza y Poda Residencial del distrito de San Miguel, sin acuerdo entre las partes, es que, el Contratista inició el proceso arbitral cursando la respectiva Solicitud de Arbitraje por Carta Notarial N° 32867, diligenciada por la Notaría Flores Alván e ingresada con fecha 26 de Octubre de 2016.
- 5.23. A la fecha de presentación de la Solicitud de Arbitraje, la deuda asciende a la suma de S/ 3'641,477.02 (TRES MILLONES SEISCIENTOS CUARENTIUN MIL CUATROCIENTOS SETENTA Y SIETE CON 02/100 SOLES), correspondiente a los servicios impagos y efectivamente prestados de los meses de Setiembre, Octubre, Noviembre y Diciembre 2014 y de los meses de Marzo, Abril, Mayo, Junio, Julio y Agosto 2016, además a las

detracciones retenidas por la Entidad de los meses de Mayo y Junio de 2014, a la detracción retenida del mes de Noviembre de 2015, de la detracción retenida del mes de Enero y Febrero de 2016 y del reajuste del monto contratado por incremento de la Remuneración Mínima de acuerdo a lo dispuesto por el D.S. N° 005-2016-TR de Mayo a Agosto 2016.

5.24. Adicionalmente, el 31 de Agosto de 2016, la Entidad habría mal girado un cheque supuestamente por S/ 205,621.00 para ser cobrado ante el Banco Scotiabank. El Cheque de Pago Diferido N° N.34221011 9 009 170 0005525616 28, firmado por la señora Verónica Muñoz Sánchez, Gerente de Administración y Finanzas y por el señor Gustavo Chauca Huerta, Subgerente de Tesorería, fue rechazado por el Banco por considerarlo NO CONFORME por mal giro, como se acreditaría con el sello de fecha 05 de Setiembre de 2016.

5.25. Por ello, el Contratista habría devuelto el título valor mal girado a la Entidad con fecha 08 de Setiembre de 2016, sin tomar ninguna otra acción legal, solo solicitando vía correos electrónicos y carta de fecha 29 de Setiembre de 2016 (Documento N° 024203) se le girara un nuevo cheque con las formalidades de ley, sin recibir respuesta por parte de la Entidad.

POSICIÓN DE LA ENTIDAD:

5.26. La Entidad señala que, mediante Concurso Público N° 002-2013-CE-MDSM en Primera Convocatoria, se llevó a cabo la Contratación del Servicio de Mantenimiento de Parques, Jardines, Bermas y Servicio de Recolección y Eliminación de Maleza y Poda Residencial del Distrito de San Miguel, el cual se celebró con el 14 de enero del 2014, siendo que el ítem 1, correspondía al Servicio de Mantenimiento de parques, jardines y otras áreas verdes del distrito de San Miguel y que el ítem 2, correspondía al servicio de recolección y eliminación de maleza y poda residencial en el distrito de San Miguel.

- 5.27. Asimismo, el plazo de ejecución contractual pactado en la cláusula quinta del Contrato, sería de 36 meses, el cual empezaba desde el día siguiente de la firma del Contrato, es decir, el 15 de enero del 2014, y finalizaba el 15 de enero del 2017.
- 5.28. Así, la Entidad se remite al Informe N° 007-2017-GAF-MDSM, emitido por la Gerencia de Administración y Finanzas de la Municipalidad de San Miguel, donde luego de efectuada la liquidación correspondiente, determina que la suma adeudada al Contratista ascendería a S/ 3'554,021.00 (Tres millones quinientos cincuenta y cuatro mil con 21/100 soles) y que a su vez se precisa que con fecha 31 de agosto del 2016, se firmó la Adenda N° 1, mediante la cual en su Cláusula Segunda, las partes acuerdan resolver por mutuo acuerdo, el Contrato derivado del Concurso Público N° 002-2013-CE-MDSM para el "Contrato de Servicio de Mantenimiento de Parques, Jardines, Bermas y Servicios de Recolección y Eliminación de maleza y Poda Residencial del distrito de San Miguel.
- 5.29. En ese sentido, sobre la deuda contraída con el Contratista, se tiene que el primer tramo corresponde a los meses de Setiembre, Octubre y Noviembre del 2014; así como, las detracciones de los meses de mayo y Junio del 2014; y, que el segundo tramo corresponde a los meses de Diciembre 2014 y Marzo, Abril, Mayo, Junio, Julio y Agosto 2016 así como las detracciones de los meses de Enero y Febrero 2016.
- 5.30. Respecto a ambos tramos, la Entidad señala que, a través de la Sub gerencia de Parques, Jardines y Medio Ambiente, emitió el Informe N° 172-2016-SGPJMA-GGASC-MDSM, donde se precisó los servicios que el Contratista prestó a la Entidad.
- 5.31. En cuanto a las gestiones de cobranza que manifiesta haber realizado el Contratista, la Entidad manifiesta que el área de Administración y Finanzas mediante Informe N° 007-2017-GAF-MDSM del 16 de febrero del

2017, detalló el cuadro de deuda pendiente con el Contratista al mes de agosto del 2016 incluso, agregando que mediante Informe Técnico N° 036-2016-MPL adjuntado en el Informe N° 151-2016- SGPJMA-GGASC-MDSM de la Sub gerencia de Parques y Jardines, se refirieron los días del mes de agosto donde se detectó el incumplimiento de labores correspondiente al mantenimiento de parques, riego y recojo de maleza, así como, se corroboró el Contratista laboró de forma parcial brindando un servicio deficiente, precisando que ello incumple con los ítems establecidos en el Contrato del mantenimiento integral de las áreas verdes del distrito así como del servicio de recojo de maleza.

- 5.32. Respecto al supuesto doloso giro de un cheque ilegal rechazado por el Banco Scotiabank, la Entidad acota que ello obedecería una mera confusión administrativa al momento del giro y cobro del cheque.

POSICIÓN DEL ÁRBITRO ÚNICO:

- 5.33. Un primer tema que debe tenerse en cuenta respecto a la materia contractual, sea las partes privadas o sea una de ellas de carácter público, para efectos de la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento, es que la sola suscripción de un contrato genera obligaciones que corresponden a cada una de las contratantes.
- 5.34. Al respecto, tal como ya se ha referido, Manuel de la Puente y Lavalle¹ precisa que la obligatoriedad del contrato es la fuerza que obliga al cumplimiento, siendo que, el contrato como categoría general es obligatorio, sea un contrato de derecho privado o público, pues en ambos casos ocurre exactamente lo mismo: *"Un acuerdo de declaraciones de voluntad para crear, regular, modificar o extinguir entre las partes una relación obligacional de carácter patrimonial. Asimismo, en uno y otro Derechos (público y privado) el contrato es obligatorio en cuanto se haya expresado en él"*.

¹ DE LA PUENTE Y LAVALLÉ, Manuel. El Contrato en General. Vol. XI, Primera Parte, Tomo I, Lima, 1991, pág. 360

- 5.35. Así, el contrato administrativo regido por la Ley de Contrataciones del Estado tiene como fin satisfacer las necesidades de las Entidades, ello mediante la entrega de un bien, la prestación de un servicio o la ejecución de una obra, como el presente caso. De manera que, al igual que en los contratos privados, en los contratos públicos existe una relación de derechos y deberes entre las partes contractuales, los cuales deben ser cumplidos de forma adecuada para alcanzar el objeto que dio nacimiento a la relación contractual. Por ello que los contratistas tienen la obligación de realizar la obligación tal como fue pactada y a cambio de ello reciben el pago acordado. Respecto a ello el artículo 49° de la Ley de Contrataciones del Estado menciona lo siguiente:

Obra o
Servicio

"Artículo 49°.- Cumplimiento de lo pactado

Los contratistas están obligados a cumplir cabalmente con lo ofrecido en su propuesta y en cualquier manifestación formal documentada que hayan aportado adicionalmente en el curso del proceso de selección o en la formalización del contrato, así como a lo dispuesto en los incisos 2) y 3) del artículo 1774° del Código Civil."

- 5.36. En el caso de los contratos en los que sea parte una entidad estatal y que se celebren para adquirir un bien, contratar un servicio o la ejecución de una obra, existen disposiciones especiales que le dan un carácter especial, tanto desde el punto de vista formal (necesidad de forma escrita), como sustancial (cláusulas obligatorias y prerrogativas especiales) que en estricto desigulan a las partes y constituyen, en los hechos, una suerte de contrato de adhesión en el cual el marco de negociación de las partes es limitado, dentro de los propios lineamientos establecidos en la respectiva normativa, las Bases del procesos y en los márgenes dentro de los cuales se puede tener por válida una propuesta y por subsistente un contrato.

- 5.37. Así, el artículo 142º del Reglamento establece que:

"Artículo 142.- Contenido del contrato

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 y se regula por las normas de este Título. Los contratos de obras se regulan, además, por el Capítulo III de este Título. En lo no previsto en la Ley y el presente Reglamento, son de aplicación supletoria las normas de derecho público y, sólo en ausencia de éstas, las de derecho privado."

- 5.38. En este esquema, no puede negarse que existe una preeminencia de la parte estatal, que establece las condiciones de la convocatoria, los requerimientos técnicos mínimos y las propias Bases integradas a las que debe someterse todo postor que desee optar por la Buena Pro del proceso de selección convocado. No obstante, aún bajo dicho marco desigual, existen garantías o normas mínimas de protección para la parte privada, como lo vienen a ser los silencios positivos – incluida la aprobación de ampliaciones de plazo, la solución vía arbitral de las potenciales controversias entre las partes y, la propia presunción de licitud de los actos de la Administración, de modo tal que emitidos estos, el Contratista pueda tener la relativa certeza de su validez y permanencia en el tiempo.
- 5.39. Debe tenerse en cuenta que, en estos casos, la vinculación de la Entidad con el otro, así como la relación de derechos y deberes que nacen como consecuencia de ello, no nacen de un acto unilateral, sea este un acto administrativo o un acto reglamentario, sino por el contrario, de un acto bilateral, en el que existe una conjunción de voluntades entre la Entidad susceptible de ser considerada

administración pública y su contraparte privada, pero delimitando dicha voluntad común a un conjunto de prerrogativas de la Administración y garantías que se otorga a quienes actúan como su contraparte contractual.

- 5.40. En este sentido, tales cláusulas tienen una doble función: por un lado, velar por el adecuado uso de los recursos públicos, pero por otro, otorgar la suficiente predictibilidad al contratista, que le permita conocer los alcances de sus obligaciones y prerrogativas.
- 5.41. En el marco de las pretensiones materia de análisis, este Árbitro Único advierte que es relevante determinar, a efectos de llegar a una conclusión concreta respecto a cada una de las materias sometidas a análisis, si es que se cumplieron las condiciones necesarias para que la Entidad pague al Contratista por el cumplimiento de la prestación. En este análisis, este Árbitro Único evaluará las posiciones vertidas por ambas partes.
- 5.42. En primer término, y de la revisión de la posición de las partes, este Árbitro Único advierte que el pago que requiere el Contratista en su está referido a **1)** los servicios prestados en los meses de Setiembre, Octubre, Noviembre y Diciembre de 2014; y, Marzo, Abril, Mayo, Junio, Julio y Agosto de 2016; **2)** las detracciones retenidas por la Entidad correspondientes a las facturas emitidas en Mayo y Junio de 2014; Noviembre de 2015; y, Enero y Febrero de 2016; y, **3)** el incremento de la Remuneración Mínima Vital aprobado en Mayo de 2016 por el Decreto Supremo N° 005-2016-TR, correspondiente al período Mayo – Agosto de 2016; más los intereses legales.
- 5.43. Por su parte, la Entidad ha manifestado que, mediante el Informe N° 007-2017-GAF-MDSM del 16 de febrero de 2017 ha reconocido como deuda a favor del Contratista la suma de S/3'554,021.00 soles pero solo por **1)** los servicios prestados en los meses de Setiembre, Octubre, Noviembre y Diciembre de 2014; y, Marzo, Abril, Mayo, Junio, Julio y

Agosto de 2016; y, **2)** las detracciones retenidas por la Entidad correspondientes a las facturas emitidas en Mayo y Junio de 2014; Noviembre de 2015; y, Enero y Febrero de 2016.

- 5.44. En relación al pago que reclama el Contratista, es preciso revisar lo que se establece en la Cuarta Cláusula del Contrato:

"CLÁUSULA QUINTA: DEL PAGO

LA ENTIDAD se obliga a pagar la contraprestación a EL CONTRATISTA en nuevos soles, en forma mensual, correspondiente al ITEM N° 1 la suma de S/. 290,201.00 (Doscientos noventa mil doscientos uno con 00/100 nuevos soles) y al ITEM N° 2 la suma de S/. 65,420.00 (Sesenta y cinco mil cuatrocientos veinte con 00/100) mensuales; luego de la recepción formal y completa de la documentación correspondiente, según lo establecido en el artículo 181 de Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

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

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

En caso de retraso en el pago, EL CONTRATISTA tendrá derecho al pago de intereses conforme a lo establecido en el artículo 48° de la Ley de Contrataciones del Estado, contado desde la oportunidad en el que el pago debió efectuarse".

- 5.45. Atendiendo a lo dispuesto en la citada cláusula del Contrato, corresponde remitirse a lo establecido en el artículo 181 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, el cual señala lo siguiente:

"Artículo 181.- Plazos para los pagos

La Entidad deberá pagar las contraprestaciones pactadas a favor del contratista en la oportunidad establecida en las Bases o en el contrato. Para tal efecto, el responsable de otorgar la conformidad de recepción de los bienes o servicios, deberá hacerlo en un plazo que no excederá de los diez (10) días calendario de ser estos recibidos, a fin que la Entidad cumpla con la obligación de efectuar el pago dentro de los quince (15) días calendario siguientes, siempre que se verifiquen las demás condiciones establecidas en el contrato.

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

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".

- 5.46. Teniendo en cuenta la norma antes expuesta, y evidenciándose que resulta necesario para efectuarse el pago, que la Entidad otorgue la conformidad de la prestación, este Árbitro Único considera pertinente verificar si es que ésta se ha otorgado, verificándose así si es que el Contratista ha seguido el procedimiento formal para la oportunidad que el pago exige.

- 5.47. En ese contexto, de la cláusula décima se desprende que:

"CLAUSULA NOVENA: CONFORMIDAD DEL SERVICIO

La conformidad de recepción de la prestación se regula por lo dispuesto en el artículo 176 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado y será otorgada por la Sub-Gerencia de Parques y Jardines de la Gerencia de Servicios a la Ciudad y Medio Ambiente.

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

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

- 5.48. Así, corresponde verificar lo que estipulan los artículos 176 y 177 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado:

Artículo 176°.- Recepción y conformidad

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

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

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

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

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

Las discrepancias en relación a la recepción y/o conformidad, así como la negativa de la Entidad de efectuarlas podrán ser sometidas a conciliación y/o arbitraje dentro del plazo de quince (15) días hábiles de ocurrida la recepción, la negativa o de vencido el plazo para otorgar la conformidad, según corresponda.

La recepción conforme de la Entidad no enerva su derecho a reclamar posteriormente por defectos o vicios ocultos.

Artículo 177°.- Efectos de la conformidad

Luego de haberse dado la conformidad a la prestación se genera el derecho al pago del contratista. Efectuado el pago culmina el contrato y se cierra el expediente de contratación respectivo.

Las discrepancias referidas a defectos o vicios ocultos deberá ser sometidas a conciliación y/o arbitraje. En dicho caso el plazo de caducidad se computará a partir de la

conformidad otorgada por la Entidad hasta quince (15) días hábiles posteriores al vencimiento del plazo de responsabilidad del contratista previsto en el contrato.

- 5.49. En ese orden de ideas, se tiene que para que la Entidad proceda al pago, el objeto contractual deberá contar con la conformidad de la Entidad, luego de la recepción formal y completa.
- 5.50. El artículo 176° señala tres opciones para establecer a quien corresponde dar la conformidad **1)** el órgano de administración o, en su caso, **2)** el órgano establecido en las Bases, y **3)** sin perjuicio que sea un funcionario diferente, según lo que se disponga en las normas de organización interna de la Entidad.
- 5.51. En el presente caso, el Contratista reclama el pago correspondiente a los servicios prestados en los meses de Setiembre, Octubre, Noviembre y Diciembre del 2014; y, las detracciones de los meses de mayo y Junio

del 2014 y noviembre de 2015; así como, el de los servicios prestados en los meses Marzo, Abril, Mayo, Junio, Julio y Agosto 2016 así como las detracciones de los meses de Enero y Febrero 2016.

- 5.52. Al respecto, lo que obra en el expediente, es la Constancia de cumplimiento de servicio, emitida el 15 de octubre de 2016, por YDA ESTHER GUEVARA FLORES, subgerente de logística, donde se señala que el servicio pactado en el Contrato, se efectuó sin haber incurrido en penalidades, por el periodo comprendido del 15 de enero de 2014 al 31 de agosto de 2016.
- 5.53. Cabe señalar que dicho documento no fue impugnado por la Entidad en ningún momento aduciendo su ilegalidad, falsedad o irrelevancia, siendo que fue admitido como medio probatorio del Contratista, a través de la Resolución N° 6.
- 5.54. Sobre esta constancia, la Opinión N° 039-2015/DTN, sobre la Constancia de cumplimiento de servicio, señala la siguiente:

*"2.4. Ahora bien, el literal g) del numeral 1 del artículo 44, así como el literal a) del numeral 2 del artículo 45, el numeral 2 del artículo 46 y el literal d) del numeral 2 del artículo 47 del Reglamento, establecen que **para acreditar el factor de evaluación "Cumplimiento de la prestación", "Cumplimiento del servicio" o "Cumplimiento de ejecución de obras" se debe presentar certificados o constancias** que acrediten que la prestación, el servicio o la obra se efectuó y liquidó (en el caso de obras) sin que se haya incurrido en penalidades.*

(...)

*Se considerará constancia de prestación al documento emitido por el órgano de administración o el **funcionario designado expresamente por la Entidad**, en el que, independientemente de su denominación, conste la siguiente información: (i) la identificación del contrato u orden de compra o servicio; (ii) el monto correspondiente; y (iii) las penalidades*

en que hubiera incurrido el contratista, siendo necesario que sobre este último punto, se señale de manera expresa si se aplicaron penalidades o no".

5.55. En ese sentido, la mencionada opinión acota respecto a la constancia de prestación lo siguiente:

"En primer lugar, el artículo 178 del Reglamento establece lo siguiente:

"Otorgada la conformidad de la prestación, el órgano de administración o el funcionario designado expresamente por la Entidad es el único autorizado para otorgar al contratista, de oficio o a pedido de parte, una constancia que deberá precisar, como mínimo, la identificación del objeto del contrato, el monto correspondiente y las penalidades en que hubiera incurrido el contratista." (El subrayado es agregado).

De acuerdo con el artículo citado, la constancia de prestación debe contener, como mínimo, la siguiente información:

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

Sobre estos tres elementos, resulta importante resaltar que lo que se pretende acreditar a través de la constancia de prestación es si el

contratista ejecutó debidamente el contrato; es decir, sin que haya sido necesario aplicarle penalidades.

Para tal efecto, es necesario que esta constancia determine con precisión el objeto del contrato y su monto respectivo; asimismo, se debe señalar de manera expresa si se aplicaron penalidades o no, con el fin de tener plena certeza sobre si el contratista incurrió en las mismas durante la ejecución del contrato para efectos de verificar la adecuada prestación del servicio.

En tal sentido, se considera constancia de prestación al **documento emitido por el órgano de administración o el funcionario designado expresamente por la Entidad** en el que, independientemente de su denominación, **conste la información antes detallada**".

2.3 En relación con lo anterior, es importante precisar que la finalidad de la emisión de la constancia de prestación es registrar el comportamiento del contratista durante la ejecución de un contrato, específicamente, si éste ejecutó el contrato conforme a lo pactado, o si la Entidad le aplicó penalidades, ya sea la penalidad por mora regulada en el artículo 165 del Reglamento u otras penalidades previstas en las Bases de conformidad con el artículo 166 del Reglamento.

5.56. De ahí que, conforme al artículo 178 del Reglamento, **la constancia de prestación se emite luego del otorgamiento de la conformidad de la prestación**, por el órgano de administración o el funcionario designado expresamente por la Entidad, en este caso, la Subgerencia de Parques y Jardines de la Gerencia de Servicios a la Ciudad y Medio Ambiente, y no la Subgerente de Logística y Control Patrimonial; asimismo, de la revisión de dicha constancia, se advierte que contiene la identificación del objeto del contrato y el monto correspondiente reconociendo que no se han aplicado penalidades el Contratista. Por lo tanto, si bien la constancia de prestación cuenta con los tres requisitos mínimos, este

Árbitro Único advierte que no ha sido emitida por el funcionario designado por la Entidad en el Contrato.

- 5.57. No obstante, cabe señalar que la Entidad no ha cuestionado la validez de este documento, en ningún extremo, ni en su forma, ni es su contenido, es más, ha ofrecido como medio probatorio, el Informe N° 007-2017-GAF/MDSM, emitido por la Lic. Verónica Muñoz Sanchez, Sub Gerente de Administración y Finanzas, a través del cual reconoce que existe una deuda a favor del Contratista por la prestación del servicio durante los meses de Setiembre, Octubre, Noviembre y Diciembre del 2014; y, las detracciones de los meses de mayo y Junio del 2014 y noviembre de 2015; así como, el de los servicios prestados en los meses Marzo, Abril, Mayo, Junio, Julio y Agosto 2016, así como, las detracciones de los meses de Enero y Febrero 2016, ascendente a la suma de S/ 3'554,021.00, conforme al siguiente detalle:

MES	AÑO	SERVICIO	DETRACCION	MONTO
MAYO	2014		S/. 35,562	S/. 35,562
JUNIO	2014		S/. 35,562	S/. 35,562
SEPTIEMBRE	2014	S/. 290,059	S/. 35,562	S/. 325,621
OCTUBRE	2014	S/. 320,059	S/. 35,562	S/. 355,621
NOVIEMBRE	2014	S/. 320,059	S/. 35,562	S/. 355,621
DICIEMBRE	2014	S/. 320,059	S/. 35,562	S/. 355,621

NOVIEMBRE	2015		S/. 35,562	S/. 35,562
ENERO	2016		S/. 35,562	S/. 35,562
FEBRERO	2016		S/. 35,562	S/. 35,562
MARZO	2016	S/. 320,059	S/. 35,562	S/. 355,621
ABRIL	2016	S/. 320,059	S/. 35,562	S/. 355,621
MAYO	2016	S/. 320,059	S/. 35,562	S/. 355,621
JUNIO	2016	S/. 170,059	S/. 35,562	S/. 205,621
JULIO	2016	S/. 320,059	S/. 35,562	S/. 355,621
* AGOSTO	2016	S/. 320,059	S/. 35,562	S/. 355,621
				S/. 3,554,021

5.58. Por su parte, el Contratista afirma que la deuda por los servicios prestados ascendería a **S/. 3'584,020.50**, conforme al siguiente detalle:

FACTURA	MES	AÑO	SERVICIO S/	DETRACCIÓN S/	MONTO S/
Nº 002-1624	MAYO	2014		35,562.1	35,562.1
Nº 002-1707	JUNIO	2014		35,562.1	35,562.1
Nº 002-1755	SETIEMBRE	2014	320,059	35,562.1	355,621
Nº 002- 1756	OCTUBRE	2014	320,059	35,562.1	355,621
Nº 002-1765	NOVIEMBRE	2014	320,059	35,562.1	355,621
Nº 002-1776	DICIEMBRE	2014	320,059	35,562.1	355,621
Nº 002-2067	NOVIEMBRE	2015		35,562.1	35,562.1
Nº 002-2095	ENERO	2016		35,562.1	35,562.1
-	FEBRERO	2016		35,562.1	35,562.1
Nº 002-2152	MARZO	2016	320,059	35,562.1	355,621
-	ABRIL	2016	320,059	35,562.1	355,621
-	MAYO	2016	320,059	35,562.1	355,621
Nº 002-2142	JUNIO	2016	170,059	35,562.1	205,621
-	JULIO	2016	320,059	35,562.1	355,621
-	AGOSTO	2016	320,059	35,562.1	355,621
TOTAL					3'584,020.5

5.59. En ese sentido, este Árbitro Único puede advertir que existe una diferencia en la suma reclamada por el Contratista y la deuda asumida por la Entidad, respecto al mes de setiembre de 2014, en el que, mientras el Contratista afirma que le debe la totalidad del servicio por S/ 320,059.00 más la detracción, la Entidad reconoce que solo le debe S/ 290,059.00 más la detracción.

5.60. Asimismo, la Entidad señaló que, en el Informe Nº 151-2016- SGPJMA-GGASC-MDSM de la Sub gerencia de Parques y Jardines, se refirieron a los días del mes de agosto donde se detectó el incumplimiento de labores correspondiente al mantenimiento de parques, riego y recojo de maleza, así como, se habría corroborado que el Contratista laboró

de forma parcial brindando un servicio deficiente, precisando que ello incumple con los ítems establecidos en el Contrato del mantenimiento integral de las áreas verdes del distrito así como del servicio de recojo de maleza

5.61. Sobre estas dos observaciones, este Árbitro Único advierte que, respecto a **la diferencia del pago en setiembre de 2014**, la Entidad no ha acreditado que ya haya realizado un pago a cuenta a favor del Contratista, tampoco ha alegado que, en dicho mes se hayan aplicado penalidades al Contratista que originen la reducción del pago correspondiente a los servicios prestados en dicho mes.

5.62. Ahora, respecto a **los incumplimientos en la prestación de servicios advertidos por la Entidad en el mes de agosto de 2016**, este Árbitro Único advierte que, pese a ello, en el reconocimiento de deuda, la Entidad ha asumido el pago total por el mes de agosto, sin especificar cuál sería el monto a descontar por estos incumplimientos, tampoco ha acreditado si se han aplicado penalidades por los mismos.

5.63. Aunado a ello, existe una "Constancia de Cumplimiento de Servicio" emitida el 15 de octubre de 2016, por YDA ESTHER GUEVARA FLORES, subgerente de logística, donde se señala que el servicio pactado en el Contrato, se efectuó sin haber incurrido en penalidades, por el periodo comprendido del 15 de enero de 2014 al 31 de agosto de 2016, cuya validez no ha sido cuestionada por la Entidad en el presente arbitraje.

Validez del documento emitido

5.64. Bajo este contexto, resulta de aplicación la denominada Doctrina de los Actos Propios (*venire contra factum proprium non valet*) expresada por Enneccerus en los siguientes términos: "A nadie es lícito hacer valer un derecho en contradicción con su anterior conducta, cuando esta conducta, interpretada objetivamente según la ley, las buenas costumbres o la buena fe, justifica la conclusión de que no se hará valer el derecho o cuando el ejercicio posterior choque contra la ley, las

*buenas costumbres o la buena fe*², cuyos elementos configurativos son:

- Que existan una conducta previa emanada de la misma persona, que se hayan producido ambas frente a la misma contraparte y dentro del marco de la misma relación o situación jurídica. Es decir, que exista identidad de partes y unidad de situación jurídica.
- Que la conducta previa sea válida, y que revista sentido unívoco y cierta entidad, de modo de poder ser interpretada como una voluntaria toma de posición de su autor respecto de las circunstancias de una relación o situación jurídica y despertar así la confianza de la contraparte esto es, una conducta deliberada, jurídicamente relevante y plenamente eficaz.
- Que tal conducta (o sus consecuencias necesarias) y tal pretensión sean contradictorias, o sea, incompatibles entre sí; y,
- Que no haya una norma que autorice la contradicción.

5.65. En pocas palabras, la doctrina de los actos propios nos informa que cuando una persona ha sostenido o admitido, frente a otra, la existencia o inexistencia de un determinado hecho, no puede luego invocar frente a esa misma persona y en detrimento de esta última la inexistencia o existencia, respectivamente, de ese hecho. El efecto de la aplicación de la doctrina de los actos propios es la inadmisibilidad de la conducta contradictoria.

5.66. Atendiendo a lo señalado precedentemente, se evidencia que:

- Existe una identidad de partes entre la Entidad y el Contratista, además, se encuentran vinculados por el Contrato del cual

² Héctor A. Mairal, La Doctrina de los Propios Actos y la Administración Pública, Buenos Aires, Ediciones de Palma, 1994, p. 4.

surgió la controversia que se viene discutiendo en el presente arbitraje. Al respecto, en octubre de 2016, la Entidad emitió una constancia de cumplimiento de prestación de servicio por el periodo comprendido del 15 de enero de 2014 al 31 de agosto de 2016, sin aplicación de penalidades, cuya validez no ha sido cuestionada por la Entidad en el presente arbitraje

- Tal situación, se evidencia como una libre toma de decisión por parte de la Entidad, pues no obra documento alguno que permita a este Árbitro Único evidenciar que la Entidad cuestionó la validez de dicha constancia.
- Ahora, la Entidad, vía arbitraje, señaló que:
 - Mediante Informe N° 151-2016- SGPJMA-GGASC-MDSM, la Entidad señala que, en el mes de agosto de 2016, el Contratista habría incurrido en incumplimiento al ejecutar el servicio.
 - Mediante Informe N° 007-2017-GAF/MDSM, la Entidad no reconoce la totalidad del pago respecto al mes de setiembre de 2014

Estos actos contradicen la posición inicial de la Entidad de otorgar la constancia de cumplimiento de prestación de servicio por el periodo comprendido del 15 de enero de 2014 al 31 de agosto de 2016, sin aplicación de penalidades. *Por quien fue emitido dicho documento*

- Finalmente, este Árbitro Único evidencia que no existe norma que impida a la Entidad emitir la constancia de prestación de servicio, es más, la ley obliga a que, luego de la culminación de la ejecución del Contrato sin incumplimientos, la Entidad debe otorgar a Contratista esta constancia.

- 5.67. Así las cosas, este Árbitro Único considera que, en virtud de la doctrina de los Actos Propios, al emitir la Constancia de Cumplimiento de Servicio sin reconocimiento de penalidad, la Entidad convalidó la ejecución del objeto del Contrato de conformidad a los términos allí establecidos, pese a que, aunque no se ha acreditado, correspondía la aplicación de penalidades. *Fue emitido por una persona no autorizada para hacerlo*
- 5.68. Así las cosas, siendo que se puede verificar la conformidad de la prestación realizada por el Contratista, aunado a una manifestación expresa del cumplimiento de la ejecución del Contrato; pues, de los documentos que obran en el expediente, no se puede advertir lo contrario y tampoco la propia Entidad manifiesta haber aplicado penalidades por la prestación.
- 5.69. Aunado a ello, el Contratista solicita que se le reconozcan los intereses legales por el incumplimiento de pago oportuno por parte de la Entidad.
- 5.70. Al respecto, el artículo 181 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, establece: *"En caso de retraso en el pago, el contratista tendrá derecho al pago de intereses conforme a lo establecido en el artículo 48 de la Ley, contado desde la oportunidad en el que el pago debió ejecutarse"*.
- 5.71. Adicionalmente, de acuerdo con lo establecido en el artículo 1324³ del Código Civil, las obligaciones de dar sumas de dinero devengan en interés moratorio desde el día en que el deudor incurra en mora.

³ Artículo 1324.- Inejecución de obligaciones dinerarias

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. Si antes de la mora se debían intereses mayores, ellos continuarán devengándose después del día de la mora, con la calidad de intereses moratorios.

Si se hubiese estipulado la indemnización del daño ulterior, corresponde al acreedor que demuestre haberlo sufrido el respectivo resarcimiento.

- 5.72. Así las cosas, este Árbitro Único advierte que no se ha previsto en el contrato la mora automática, por tanto, de conformidad con el artículo 1333⁴ del Código Civil, el deudor incurre en mora desde que el acreedor le exija judicial o extrajudicialmente el cumplimiento de su obligación. En este sentido, correspondería ordenar a la Entidad el pago de esta suma de dinero desde la notificación de la solicitud de arbitraje, siendo desde esa fecha que se devengarían los intereses moratorios; sin embargo, el Contratista ha solicitado el pago de los intereses desde la presentación de la demanda, por lo que, el Árbitro Único no puede exceder a lo solicitado por el Contratista
- 5.73. Respecto a la tasa de interés aplicable, el Árbitro Único advierte que las partes en el contrato no han convenido la tasa de interés para el caso de mora. Por tanto, de conformidad con lo previsto en el artículo 1324° del Código Civil precitado, deberá aplicarse la tasa de interés legal fijada por el Banco Central de Reserva del Perú hasta el día del pago.
- 5.74. En ese orden de ideas, se advierte que para el cumplimiento del pago se ha respetado el procedimiento dispuesto en el artículo 181° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, por lo que, correspondería ordenar a la Entidad pague a favor del Contratista la suma **de S/. 3'584,020.50 (Tres millones quinientos ochenta y cuatro mil veinte y 50/100 soles)** más los intereses legales moratorios devengados desde la fecha de la presentación de la demanda aplicando la tasa de interés legal fijada por el Banco Central de Reserva del Perú hasta el momento en que se haga efectivo dicho pago, por lo tanto, la primera pretensión de la demanda debe ser declarada FUNDADA.

⁴ Artículo 1333.- Constitución en mora

Incurre en mora el obligado desde que el acreedor le exija, judicial o extrajudicialmente, el cumplimiento de su obligación.

No es necesaria la intimación para que la mora exista:

- 1.- Cuando la ley o el pacto lo declaren expresamente.
- 2.- Cuando de la naturaleza y circunstancias de la obligación resultare que la designación del tiempo en que había de entregarse el bien, o practicarse el servicio, hubiese sido motivo determinante para contraerla.
- 3.- Cuando el deudor manifieste por escrito su negativa a cumplir la obligación.
- 4.- Cuando la intimación no fuese posible por causa imputable al deudor.

- 5.75. De otro lado, el Contratista también reclama que la Entidad pague a su favor la suma de S/. 57,456.52 (Cincuenta y siete mil cuatrocientos cincuenta y seis y 52/100 soles), por concepto de incremento de la Remuneración Mínima Vital aprobado en Mayo de 2016 por el Decreto Supremo N° 005-2016-TR, correspondiente al período Mayo – Agosto de 2016, más los intereses legales desde la presentación de la demanda.
- 5.76. Al respecto, cabe señalar que, OSCE⁵ ha establecido el siguiente criterio:

"Si durante la ejecución de un contrato cuya estructura de costos se encuentra determinada por los costos laborales, como en el caso de la prestación de servicios que implican intermediación laboral, se emite una norma legal que incrementa el monto de la remuneración mínima vital y ello determina el incremento del costo de las prestaciones asumidas por el contratista⁶, la Entidad puede modificar el contrato a efectos de ajustar los pagos al contratista, siempre que cuente con la disponibilidad presupuestaria suficiente; de lo contrario, podría adoptarse otras medidas, como la reducción de prestaciones o la resolución del contrato. No obstante, si la Entidad no realizó ninguna de estas acciones, y el contratista considera que no se le ha pagado el íntegro de la contraprestación correspondiente a la prestación que ejecutó, puede someter la controversia a conciliación y/o arbitraje". (El resaltado es nuestro).

- 5.77. En ese sentido, OSCE ya ha establecido que, ante el incremento del monto de la remuneración mínima vital, y siempre que ello determine el incremento del costo de las prestaciones asumidas por el Contratista en los contratos de prestación de servicios, la Entidad cuenta con las siguientes opciones:

⁵ OPINIÓN N° 104-2012/DTN

⁶ Cabe la posibilidad que en la estructura de costos del valor referencial se haya considerado una remuneración superior a la remuneración mínima vital, incluso luego del incremento, por lo que en este supuesto no cabría ajuste de los pagos al contratista.

- *modificar el contrato a efectos de ajustar los pagos al contratista*
- Reducir prestaciones
- Resolver el Contrato

5.78. Si es que la Entidad no toma ninguna medida, el Contratista puede someter ello a arbitraje, como es el caso del presente proceso. Así, este Árbitro Único debe resaltar que, para que el incremento del monto de la remuneración mínima vital afecte al Contrato es necesario que, ello determine el incremento del costo de las prestaciones asumidas por el Contratista, pues, si en la estructura de costos del valor referencial se haya considerado una remuneración superior a la remuneración mínima vital, incluso luego del incremento, no cabría ajuste de los pagos al contratista.

5.79. Atendiendo a ello, este Árbitro Único evidencia que, a lo largo del proceso, el Contratista no ha acreditado que, producto del incremento del monto de la remuneración mínima vital, haya habido una modificación en la estructura de costos del valor referencial, tampoco ha acreditado que la remuneración que el Contratista había considerado para sus trabajadores sea menor a la remuneración mínima vigente al momento de presentar su oferta.

5.80. En ese sentido, siendo que, este Árbitro Único no puede verificar la configuración del único supuesto bajo el cual correspondería establecer el reajuste de los pagos al Contratista por incremento de remuneración mínima vital, no corresponde ordenar a la Entidad pague a favor del Contratista, la suma de S/. 57,456.52 (Cincuenta y siete mil cuatrocientos cincuenta y seis y 52/100 soles), por concepto de incremento de la Remuneración Mínima Vital aprobado en Mayo de 2016 por el Decreto Supremo N° 005-2016-TR, correspondiente al período Mayo – Agosto de 2016, más los intereses legales desde la presentación de la demanda, en consecuencia, la segunda pretensión de la demanda, deviene en infundada.

TERCER PUNTO CONTROVERTIDO

Determinar si corresponde o no, ordenar a la Entidad pague a favor del Contratista la suma de S/ 355,621.00 (Trescientos cincuenta y cinco mil seiscientos veinte y un y 00/100 soles) por concepto de daño emergente y lucro cesante, más los intereses legales desde la presentación de la demanda.

POSICIÓN DEL CONTRATISTA:

- 5.81. El Contratista considera que la deliberada renuencia de la Entidad a no pagar los servicios prestados, le ha ocasionado serios perjuicios económicos y financieros que hemos estimado en la suma de S/ 355,621.00 (TRESCIENTOS CINCUENTA Y CINCO MIL SEISCIENTOS VEINTE Y UN Y 00/100 SOLES), los que nos deben ser abonados como indemnización por daños y perjuicios por concepto de daño emergente y lucro cesante.
- 5.82. Fundamentaría este extremo de su demanda, el evidente perjuicio para el Contratista ocasionado por los incumplimientos de pago de la Entidad, sin mediar ninguna justificación legal o fáctica o algún reparo a los servicios prestados a satisfacción del distrito de San Miguel. Así, los adeudos que se han generado con el sistema tributario y con los trabajadores por concepto de detracciones, AFP, Compensación por Tiempo de Servicios (CTS) y remuneraciones impagas por el incumplimiento de la Entidad, han ocasionado al Contratista una multitud de procedimientos disciplinarios y coactivos a cargo de la SUNAT y la Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral (SUNAFIL), así como, denuncias ante el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, Policía Nacional del Perú y Ministerio Público, que han puesto al Contratista al borde de la liquidación.
- 5.83. Adicionalmente, el Contratista considera que, la sola acumulación de un altísimo monto por servicios prestados, no pagados y no contradichos

o penalizados, así como la gran cantidad de cartas cursadas a la Entidad reclamando por sus pagos y alertando por el incalculable perjuicio que le ocasionaba la ruptura de la cadena de pago, probarían por la magnitud del daño emergente y lucro cesante ocasionado al Contratista.

POSICIÓN DE LA ENTIDAD:

- 5.84. La Entidad señala que ya ha reconocido la suma adeudada en el Informe N° 007-2017-GAF-MDSM, ascendente a S/3' 554,021.00 soles, por lo que no ha existido perjuicio en desmedro del Contratista.

POSICIÓN DEL ÁRBITRO ÚNICO:

- 5.85. El Consorcio solicita el de una indemnización por daños y perjuicios de S/ 355,621.00 (Trescientos cincuenta y cinco mil seiscientos veinte y un y 00/100 soles) por concepto de daño emergente y lucro cesante más los intereses legales desde la presentación de la demanda, por los adeudos que el Contratista ha adquirido ante el sistema tributario y con los trabajadores por concepto de detracciones, AFP, Compensación por Tiempo de Servicios (CTS) y remuneraciones impagas, debido al incumplimiento del pago de los servicios que el Contratista prestó a la Entidad.
- 5.86. Al respecto, el Árbitro Único considera que, a efectos de pronunciarse sobre estos puntos controvertidos, es preciso determinar el marco teórico de la responsabilidad civil.
- 5.87. Tradicionalmente, en la responsabilidad civil se pueden distinguir dos tipos o clases: i) la responsabilidad civil contractual y ii) la responsabilidad civil extracontractual; las cuales se diferencian, entre otras razones, principalmente porque en el primer caso el daño es consecuencia del incumplimiento de una obligación contractual, y en

el otro supuesto, el daño es producto del incumplimiento del deber jurídico genérico de no causar daño a los demás.

5.88. En el caso materia de *litis*, al estar dentro de los parámetros de un Contrato, corresponde analizar el pedido del Consorcio desde la óptica de la responsabilidad civil contractual.

5.89. Para los casos de indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento de obligaciones contractuales o responsabilidad contractual, el artículo 1321° del Código Civil peruano dispone lo siguiente:

"Queda sujeto a la indemnización de daños y perjuicios quien no ejecuta sus obligaciones por dolo, culpa inexcusable o culpa leve".

5.90. Ahora bien, la responsabilidad civil, sea contractual o extracontractual, nace con la concurrencia de los siguientes elementos: (i) la antijuridicidad; (ii) el daño causado; (iii) la relación de causalidad; y (iv) el factor de atribución.

5.91. Con la finalidad de atribuir responsabilidad civil contractual a la Entidad, y, en consecuencia, otorgar una indemnización a favor del Consorcio por cada uno de los conceptos que reclama, es necesario verificar la concurrencia de los referidos elementos esenciales de la responsabilidad civil.

5.92. En relación al primer elemento, es decir, la ilicitud o antijuridicidad, Lizardo TABOADA⁷ señala lo siguiente:

"Modernamente existe acuerdo en que la antijuridicidad, o mejor dicho, que una conducta es antijurídica no sólo

⁷ TABOADA CÓRDOVA, Lizardo. *Elementos de la Responsabilidad Civil*. Editora Jurídica Grijley. 2ª Ed., p32.

cuando contraviene un norma prohibitiva, sino también cuando la conducta viola el sistema jurídico en su totalidad, en el sentido de afectar los valores o principios sobre los cuales ha sido construido el sistema jurídico (...)"

- 5.93. En el mismo sentido, Espinoza Espinoza⁸ señala que la ilicitud o antijuricidad es lo "contrario al derecho" o que el daño causado no está permitido por el ordenamiento jurídico.
- 5.94. De lo antes mencionado, se infiere que el comportamiento dañoso generador de responsabilidad civil constituye un hecho antijurídico, siendo éste la contravención del ordenamiento jurídico que lesiona sin causa justificada la esfera jurídica ajena (o también denominada antijuridicidad). En tal sentido, la inejecución de una obligación, o su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, por causa imputable a una de las partes, implica una conducta contraria a derecho o antijurídico, en la medida que se viola el derecho de crédito que tiene todo acreedor, situación que está proscrita por ley.
- 5.95. En relación al segundo elemento, el daño, OSTERLING PARODI señala que: *"El daño es todo detrimento que sufre una persona por la inejecución de la obligación. El Daño, para ser reparado, debe ser cierto; no eventual o hipotético"*^[3].
- 5.96. En atención a lo señalado, se debe precisar que para la procedencia del pago de una indemnización ante un incumplimiento contractual por causa imputable a una de las partes, resulta indispensable que se verifique la existencia del daño; pues, el solo incumplimiento de un contrato no origina necesariamente el derecho de una indemnización; tiene que haber un daño cierto.

⁸ ESPINOZA ESPINOZA, Juan. Derecho de la Responsabilidad Civil. 6ta edición. Editorial Rodhas. Lima. 2011. págs. 94-98.

[3] OSTERLING PARODI, Felipe. "Estudio Preliminar de la Responsabilidad Contractual". En SOTO COÁGUILA Carlos, *Tratado de Responsabilidad Civil Contractual y Extracontractual. Comentarios a las normas del Código Civil*, Vol. I. Pacífico Editores. Lima. 2015. pág. 53.

- 5.97. En tal sentido, a juicio del Árbitro Único, en relación al caso concreto, los daños deben ser probados y cuantificados por la parte que los padece, esto es, el Contratista. Más aun cuando el artículo 1331° del Código Civil peruano señala que *"la prueba de los daños y perjuicios y de su cuantía también corresponde al perjudicado por la inejecución de la obligación, o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso"*.
- 5.98. Así, para la procedencia de la indemnización del daño resarcible, en su manifestación de lucro cesante o daño emergente, cobra especial relevancia la probanza de la certeza del daño, lo que significa decir que los únicos daños resarcibles serán los daños que tengan certeza fáctica y lógica y, además, hayan sido probados en su existencia.
- 5.99. Lo anteriormente señalado, significa entonces que la problemática de la certeza del daño, en cuanto requisito del daño resarcible, apunta a la probanza de la existencia del daño (el "quid") y no a su monto o cuantía; problemática ésta (la del "quantum") vinculada más bien a la de la extensión del daño resarcible. La certeza del daño equivale, pues, a su existencia, la cual debe ser probada tanto como:
- ❖ Acaecer fáctico; esto es, "como suceso que provocará la privación efectiva de un bien jurídico"^[4]; y como
 - ❖ Acaecer lógico; esto es, que el daño -como hecho consecuencia- sea una derivación necesaria del hecho que lo produjo - hecho causal.
- 5.100. En este orden de ideas, la certeza del daño no significa que el daño sea actual, sino que su existencia pueda ser apreciada por el Juzgador, sea porque ya se dio, o porque es desarrollo y consecuencia lógica de un hecho determinado. La certeza del daño, comprende pues tanto al denominado "daño actual", como al denominado "daño futuro" y, en

^[4]ZANNONI, Eduardo. "El Daño en la Responsabilidad Civil". Editorial Astrea. 2ª. Edición. Buenos Aires. Argentina. 1987. Pág. 51.



ambos casos, significa comprobación fáctica y lógica: como suceso materialmente producido y como consecuencia necesaria del hecho causal.

- 5.101. Por lo antes señalado, resulta evidente para este Árbitro Único que tratándose del resarcimiento, el actor debe aportar la prueba de la certeza del daño.
- 5.102. En relación al tercer elemento, referido a la relación de causalidad; se entiende que debe existir una relación de causa-efecto, es decir, de antecedente-consecuencia entre la conducta antijurídica del autor y el daño causado a la víctima, también concebido como la vinculación entre el evento lesivo y el daño producido.
- 5.103. En relación al cuarto elemento, referido al factor de atribución, sea, el supuesto justificante de la atribución de responsabilidad del sujeto.
- 5.104. Así, a efectos de determinar si corresponde reconocer el pago de una indemnización por daños y perjuicios por cada uno de los conceptos reclamados por el Consorcio, este Árbitro Único procederá revisar si se han configurado o no los elementos antes señalados, **no necesariamente en el orden expuesto**.
- 5.105. En ese sentido, respecto a la conducta antijurídica de la Entidad, este Árbitro Único evidencia que, efectivamente, la Entidad habría incumplido el pago sus obligaciones en oportunidad y forma, de conformidad a los términos pactados en el Contrato, y establecidos por ley.
- 5.106. En cuanto al daño, este Árbitro Único puede advertir cuáles serían los perjuicios que la falta de pago por parte de la Entidad, le ha ocasionado, tales como deudas ante SUNAT y sus propios trabajadores; sin embargo, este Árbitro Único evidencia que el Contratista no ha cumplido con acreditar con documentación la afectación incurrida en

5.110. En adición a lo antes expuesto, los costos incluyen (i) los honorarios y gastos del Árbitro Único y (ii) gastos de la secretaría.

5.111. En el presente caso, ambas partes han acreditado el pago del íntegro de los honorarios arbitrales, conforme a lo detallado en el acápite III. Costos del Proceso.

5.112. En ese sentido, atendiendo a la inexistencia de pacto entre las partes y considerando el resultado o sentido de este laudo y, al mismo tiempo, que se ha evidenciado que, si bien sus pretensiones no han sido acogidas, el Consorcio tenía motivos suficientes y atendibles para litigar, en razón de la incertidumbre jurídica en la que se encontraba — precisamente— motivó la continuación del presente arbitraje, habida cuenta de que debía defender sus pretensiones en vía arbitral; y que, además, el Árbitro Único considera a efectos de regular el pago de tales conceptos el comportamiento procesal de las partes, se estima razonable que:

- Cada una de las partes asuma los honorarios por concepto de defensa legal en los que hubiera incurrido o se hubiera comprometido a pagar.
- Cada parte asuma los honorarios de los gastos arbitrales.

VI. LAUDO

Por tales consideraciones, este Árbitro Único **LAUDA:**

PRIMERO: DECLARAR FUNDADA la primera pretensión principal de la demanda, en consecuencia, ordenar a la Municipalidad Distrital de San Miguel pague a favor de M&F Servicios Empresariales S.A.C., la suma de S/. 3'584,020.50 (Tres millones quinientos ochenta y cuatro mil veinte y 50/100 soles), correspondiente a: 1) los servicios prestados en los meses de Setiembre, Octubre, Noviembre y Diciembre de 2014; y, Marzo, Abril, Mayo, Junio, Julio y Agosto de 2016; y, 2) las detracciones retenidas por la Entidad correspondientes a las facturas emitidas



en Mayo y Junio de 2014; Noviembre de 2015; y, Enero y Febrero de 2016, más los intereses legales desde la presentación de la demanda

SEGUNDO: DECLARAR INFUNDADA la segunda pretensión principal de la demanda, en consecuencia, no corresponde ordenar a la Municipalidad Distrital de San Miguel pague a favor de M&F Servicios Empresariales S.A.C., la suma de S/. 57,456.52 (Cincuenta y siete mil cuatrocientos cincuenta y seis y 52/100 soles), por concepto de incremento de la Remuneración Mínima Vital aprobado en Mayo de 2016 por el Decreto Supremo N° 005-2016-TR, correspondiente al período Mayo – Agosto de 2016, ni los intereses legales desde la presentación de la demanda.

TERCERO: DECLARAR INFUNDADA la tercera pretensión de la demanda, en consecuencia, no corresponde ordenar a la Municipalidad Distrital de San Miguel pague a favor de M&F Servicios Empresariales S.A.C., la suma de S/ 355,621.00 (Trescientos cincuenta y cinco mil seiscientos veinte y un y 00/100 soles) por concepto de daño emergente y lucro cesante, ni los intereses legales desde la presentación de la demanda.

CUARTO: ORDENAR que cada parte asuma sus propios costos incurridos en el presente proceso y, en partes iguales, los honorarios del Árbitro Único y Secretaría Arbitral.

QUINTO: DISPONER que la Secretaría Arbitral cumpla con notificar el presente Laudo Arbitral a las partes, dentro del plazo legal establecido, encargándosele asimismo la custodia del expediente arbitral por el plazo legal establecido en las normas aplicables al presente caso.

SEXTO: PROCEDA el Árbitro Único, a notificar y publicar el presente Laudo en el SEACE.

En caso exista limitaciones tecnológicas u otras para la publicación del presente Laudo en el SEACE, a solicitud simple del Árbitro Único, la Secretaría Arbitral deberá requerir ante el Director del SEACE la publicación del presente

laudo en el SEACE, para cuyo efecto cuenta desde este momento con la expresa autorización del Árbitro Único, siendo responsabilidad del Director del SEACE procurar el efectivo cumplimiento de dicho requerimiento, dentro del plazo máximo de diez (10) días hábiles contado desde el día siguiente de su recepción, debiendo dar cuenta de ello a este Árbitro Único, en el mismo plazo.



GUSTAVO DE VINATEA BELLATÍN
Árbitro Único