

**VLADIMIR ZAVALA LIENDO**  
Árbitro Único designado por Resolución  
Nº289-2011-OSCE/PRE de fecha 10 de  
Mayo de 2011.

**Arbitraje Ad-Hoc, Nacional y de Derecho.**  
Kimberly-Clark Perú S.R.L.  
Superintendencia Nacional de Administración Tributaria –  
SUNAT.  
Contrato Nº 028-2010-SUNAT/2P0000

## LAUDO ARBITRAL DE DERECHO

<b>DEMANDANTE</b>	<b>KIMBERLY CLARK PERU S.R.L.</b>
<b>DEMANDADA</b>	<b>SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE ADMINISTRACION TRIBUTARIA SUNAT</b>
<b>ARBITRO UNICO</b>	<b>VLADIMIR ZAVALA LIENDO</b>
<b>SECRETARIA ARBITRAL</b>	<b>SONIA DEL CARMEN LIENDO AYLLÓN</b>

**Resolución Nº 13.**  
Lima, 05 de Marzo de 2012.

### VISTOS:

#### I. CONVENIO ARBITRAL

1. Con fecha 30 de noviembre del 2010 la **SUPERINTENDENCIA DE ADMINISTRACION TRIBUTARIA - SUNAT** (en adelante la ENTIDAD o DEMANDADA) y la CONTRATISTA **KIMBERLY CLARK PERU S.R.L.** (en adelante la CONTRATISTA o DEMANDANTE), suscribieron el Contrato 028-2010-SUNAT/2P0000 para el “Suministro de Materiales de Aseo para la Intendencia Regional de Tacna y Jurisdicción Administrativa”, (Adjudicación Directa Selectiva ADS - 007-2010-SUNAT/2P0000), conforme a las disposiciones establecidas en el Texto Único Ordenado de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, aprobado por Decreto Supremo Nº 184-2008-EF, (en adelante el “REGLAMENTO”), así como en el Decreto Legislativo Nº 1071 que norma el Arbitraje, (en adelante “LEY DE ARBITRAJE”).
2. En la cláusula Décimo Sexta del CONTRATO se estipuló que las controversias que se presenten durante la etapa de ejecución contractual, se resolverán mediante arbitraje administrativo, ello “dentro del plazo de caducidad previsto en los artículos 144°, 170°, 175°, y 177° de EL REGLAMENTO, en su defecto en el artículo 52° de LA LEY” o facultativamente “someter a conciliación la controversia, sin perjuicio de recurrir al arbitraje en caso no se llegue a un acuerdo entre ambas”, según lo señalado en el artículo 214° de EL REGLAMENTO”.

“El Laudo arbitral emitido es definitivo e inapelable, tiene el valor de cosa juzgada y se ejecuta como una sentencia.”

## II. DESIGNACIÓN E INSTALACIÓN DEL ÁRBITRO ÚNICO

3. A falta de acuerdo entre las partes, el OSCE designó como Árbitro Único al abogado que suscribe el presente Laudo, sin haber sido recusado por las partes. Por tanto, en audiencia de fecha 24 de junio de 2011, con la presencia del representante de SUNAT, el señor Renzo Fabricio Tomás Díaz González y el representante de KIMBERLY CLARK PERU S.R.L, el Señor Luis Antonio Chu Gonzáles, se procedió a la Instalación de Árbitro Único, quienes procedieron a suscribir el Acta de Instalación de Árbitro Único, en la sede institucional del OSCE. En ese mismo acto, el suscrito ratificó su aceptación sin que las partes formulen objeción alguna; fijándose las reglas del presente arbitraje.
4. Cabe aclarar que ninguna de las partes con posterioridad al Acta de Instalación de Árbitro Único, ha impugnado o reclamado el contenido de la misma.

## III. DEMANDA

5. La CONTRATISTA presentó su escrito de demanda arbitral el 18 de julio de 2011 indicando en su petitorio seis (06) pretensiones principales:

**Primera Pretensión Principal:** Se declare la nulidad de la Resolución del Contrato N° 028-2010-SUNAT/2P0000, dispuesta por SUNAT mediante carta notarial Carta N° 47-2011-SUNAT/2P0100.

**Segunda Pretensión Principal:** Que SUNAT pague a KIMBERLY CLARK PERU SRL por concepto de indemnización de daños y perjuicios por la Resolución del Contrato N° 028-2010-SUNAT/2P0000, el cual comprende el daño emergente y el lucro cesante, cuyo monto asciende a la suma de S/. 21,040.58 (veinte un mil cuarenta con 58/100 de nuevos soles) más los intereses correspondientes, hasta su efectiva cancelación.

**Tercera Pretensión Principal:** Que se disponga la devolución del monto de S/. 1,276.78 (mil doscientos setenta y seis con 78/100 de nuevos soles) correspondientes al concepto de penalidad que unilateralmente la demandada compenso y aplicó al pago de facturas.

**Cuarta Pretensión Principal:** Que se disponga la devolución de la garantía de fiel cumplimiento del contrato constituida por la Carta Fianza REF N° 8610326003, del Citi Bank del Perú, por la suma de S/. 15,308.34. Asimismo, la Entidad deberá asumir el costo financiero de dicha garantía hasta su devolución.

**Quinta Pretensión Principal:** Que se disponga la devolución de los 144 (ciento cuarenta y cuatro) dispensadores para materiales de aseo, que se entregó en comodato a la SUNAT.

**Sexta Pretensión Principal:** Se establezca que es la **SUNAT** quien debe asumir el pago total de las costas, costos y gastos arbitrales del presente proceso arbitral.

6. Los fundamentos de la demanda se resumen a continuación:

6.1. Kimberly Clark- Perú S.R.L. suscribió el contrato N° 028-2010-SUNAT/2 P0000 con la SUNAT, para el suministro de materiales de aseo (3,822 rollos de papel higiénico, 11,040 paquetes de papel toalla y 2,976 unidades de jabón spray), para la Intendencia Regional Tacna y Jurisdicción Administrativa. Dicho contrato se derivó de la Adjudicación Directa Selectiva ADS-007-2010- SUNAT/2P0000. Estableciéndose que el plazo de ejecución del suministro sería en 36 meses, (conforme a la cláusula sexta del contrato N° 028-2010-SUNAT/2 P0000), contados a partir del día siguiente de la suscripción del contrato. Asimismo, se indicó que la primera entrega sería a los cinco días calendarios de suscrito el contrato y la segunda entrega a los 90 días calendarios después de realizarse la primera entrega. Asimismo se acordó el compromiso del ganador de la buena pro de entregar en comodato dispensadores para los materiales de aseo, los cuales debían ser instalados al inicio del contrato.

6.2. Kimberly Clark-Perú S.R.L., procedió a realizar la primera entrega de los materiales de aseo e instaló los dispensadores en los sectores pactados (Intendencia Regional Tacna, Intendencia Aduana de Ilo y la Intendencia Aduana de Tacna), quedando pendiente la instalación en los sectores de la Intendencia de Aduana de Tacna, toda vez que los servicios higiénicos de dicho lugar se encontraban en construcción. Para lo cual se levantó un Acta de Constatación Notarial de fecha 10/02/2011. En cuanto a la segunda entrega está no se realizó.

6.3. Posteriormente la Entidad mediante carta N° 27- 2011- SUNAT/2 P0100 (13/01/2011) comunicó a Kimberly Clark que ha incurrido en 38 y 40 días de atraso en el suministro e instalación de los dispensadores en comodato materia del contrato y que dicha demora da lugar a la aplicación de penalidad por mora; asimismo, mediante carta notarial N° 47-2011- SUNAT/2P0000 (3/2/11), la SUNAT comunica a Kimberly Clark de la resolución del contrato N° 028-2010 por incurrir en retrasos en la entrega del suministro e instalación de los dispensadores y haber acumulado el monto máximo de la penalidad por mora. Ante ello Kimberly Clark, refiere que la penalidad por mora se aplica en caso de retraso injustificado en la ejecución de las prestaciones objeto del contrato y en el presente contrato la prestación del objeto del contrato es el suministro de materiales de aseo, conforme consta en las bases administrativas de la ADS- 007-2010-SUNAT/2P0000 y en la cláusulas 1° y 3° del contrato. Y no el suministro e instalación de dispensadores, por tal motivo resulta nula la resolución del contrato dispuesta por la SUNAT.

#### IV. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

7. El 18 de agosto de 2011, dentro del plazo concedido, la ENTIDAD, contestó la demanda, solicitando se declare infundada en todos sus extremos y ofreció medios probatorios.

8. Fundamentos de la Contestación de la Demanda:

8.1. Con fecha 27/09/2010, la SUNAT convocó la ADS N° 0007-2010-SUNAT/2P0000-Primera Convocatoria para el "suministro de materiales de aseo para la Intendencia Regional Tacna y jurisdicción administrativa", habiéndose entregado la buena pro a KIMBERLY CLARK PERU SRL. Posteriormente con fecha 30/11/2010 se suscribió el contrato N° 028-2010-SUNAT/2P0000 entre la Intendencia Regional Tacna y KIMBERLY CLARK PERU SRL, con su propuesta económica ascendente a S/.153,083.34 nuevos soles, estableciéndose que, conforme a los términos de referencia de las bases integradas, el suministro de bienes fue pactado en 36 meses, contados desde la suscripción del contrato, incluyendo- en el numeral III- la cantidad de dispensadores que debía entregar en calidad de comodato, otorgándosele al contratista un plazo de cinco días calendarios, contados desde la fecha de suscripción del contrato, (según las especificaciones técnicas en el numeral IV) para realizar la primera entrega de los bienes y el suministro e instalación de los dispensadores, lo cual se ha incumplido de manera permanente.

8.2. Que, mediante Carta N° 675-2010-SUNAT/2P0100, se comunicó a Kimberly Clark el incumplimiento del contrato, ya que la instalación de los dispensadores en la Intendencia Regional Tacna fue realizada el 12/01/2011, incurriendo en un retraso de 38 días, no teniendo ninguna justificación del incumplimiento por parte del contratista. Razón por la cual con fecha 13/01/2011, se procedió a emitir la Carta N° 27-2011-SUNAT/2P0100, vía notarial, comunicándole al contratista que había incurrido en 38 días y 40 días de retraso injustificado en la entrega de los suministros e instalación de los dispensadores materia del contrato.

8.3. Posteriormente mediante Carta N° 47-2011-SUNAT/2P0100, emitida y notificada notarialmente con fecha 27/01/2011 y 02/02/2011 respectivamente, la Intendencia Regional Tacna comunicó a Kimberly Clark que, ante su constante incumplimiento, al haberse superado el monto máximo de la penalidad por mora aplicable en la ejecución de la prestación a su cargo, se había decidido **RESOLVER EL CONTRATO** celebrado con la CONTRATISTA **KIMBERLY CLARK SRL**, suscrito con fecha 30/11/2011.

## V. AUDIENCIA DE PUNTOS CONTROVERTIDOS

9. Por resolución número 04, se citó a las partes a la audiencia de determinación de puntos controvertidos, para el día 30 de Setiembre de 2011, en la cual el Árbitro Único, con la aprobación de la ENTIDAD, otorgó la tolerancia de quince minutos para que llegaran los representantes legales de la CONTRATISTA, transcurrido el plazo concedido se procedió a dar inicio a la Audiencia, sin contar con la presencia de los representantes legales de la CONTRATISTA; se dejó constancia de la presencia del abogado asesor de la CONTRATISTA acreditado en autos de conformidad con el numeral 10 del Acta de Instalación, siendo que, consultada a la ENTIDAD, ésta autorizó la presencia del referido asesor en calidad de escucha de la audiencia.
10. Conforme al numeral 38° del Acta de Instalación se procedió a promover la conciliación entre las partes, siendo que, no encontrándose ningún representante de la DEMANDANTE fue imposible adoptar acuerdo alguno, subsistiendo las posiciones manifestadas en sus escritos donde fijan sus puntos controvertidos.
11. Analizado los puntos controvertidos propuestos por las partes, el Tribunal Arbitral sistematizó los mismos, quedando como cuatro (04) puntos controvertidos en el presente arbitraje:
  - 11.1. **Primer Punto Controvertido:** Determinar las condiciones y plazos en los que de acuerdo al Contrato N° 028-2010-SUNAT/2P0000, Kimberly Clark SRL debía prestar el servicio de suministro requerido por la SUNAT y si existió incumplimiento o no por parte del proveedor respecto a estas condiciones y plazos y si éste incumplimiento ocurrió por causal atribuible al propio proveedor o a la entidad.
  - 11.2. **Segundo Punto Controvertido:** Determinar si la SUNAT advirtió y cumplió el procedimiento establecido en la Ley y Reglamento de Contrataciones del Estado para resolver el contrato N° 028-2010-SUNAT72P0000, dispuesta mediante carta notarial: Carta N° 47-2011-SUNAT/2P0100, notificada el 03 de febrero del 2011, y si Kimberly Clark Perú SRL tuvo oportunidad de conocer y absolver el mismo, en consecuencia determinar si se aplicó debidamente el cobro de la penalidad y si procede la ejecución de la garantía de fiel cumplimiento del contrato constituida por la Carta Fianza REF N° 8610326003 del Citi Bank del Perú.
  - 11.3. **Tercer Punto Controvertido:** Determinar si corresponde la devolución de los dispensadores de materiales de aseo entregados a la SUNAT en comodato.
  - 11.4. **Cuarto Punto Controvertido:** Determinar si corresponde que la SUNAT pague a Kimberly Clark Perú SRL, una indemnización por daños y perjuicios (daño emergente y

lucro cesante) ascendente a s/ 21,040.58, como consecuencia de la resolución del Contrato N°028-2010 SUNAT/2P0000, y a quién le corresponde asumir las costas y costos del presente proceso arbitral.

12. A continuación se admitieron los medios probatorios ofrecidos por ambas partes presentados en sus escritos de demanda y contestación de demanda, y respecto al medio probatorio solicitado por la demandante referida al "Expediente completo de la Adjudicación Directa Selectiva ADS-007-2010-SUNAT/2P0000, que obra en poder de la demandada y cuya exhibición deberá serle requerida", el Arbitro señala que este medio probatorio será requerido a la SUNAT con la respectiva resolución otorgándole un plazo prudencial de 10 días para su presentación; asimismo se ordenará en la misma resolución a la demandante Kimberly Clark para que dentro del mismo plazo remita copia certificada de las facturas giradas a la SUNAT y canceladas por ésta en las que se aprecien los montos de dinero cancelados como consecuencia de la prestación del servicio resultante del contrato materia de controversia y en donde se aprecie el descuento de la penalidad indicada.

## **VI. AUDIENCIA DE ACTUACION DE MEDIOS PROBATORIOS**

13. Por resolución número 06, se citó a las partes a la audiencia de actuación de medios probatorios, para el día 11 de noviembre de 2011, en la cual estuvieron presentes los representantes de la SUNAT y los representantes de Kimberly Clark Perú SRL, procediéndose a iniciar la Audiencia.
14. El árbitro señaló que siendo los medios probatorios ofrecidos por ambas partes, documentos, los mismos que fueron admitidos conforme al acta de audiencia de fecha 30 de setiembre de 2011 y constituyendo los mismos, pruebas de actuación inmediata, se tienen por actuados y serán merituados al momento de laudar.
15. Que, habiendo la parte demandante solicitado la exhibición del Expediente completo de la Adjudicación Directa Selectiva ADS-007-2010-SUNAT/2P0000, el mismo que ha sido remitido a este Tribunal, se pone de conocimiento de la parte, solicitando el expediente para su revisión, concluida la revisión del referido expediente, la parte demandante solicitó que se le expida copias de los documentos que obran a fojas: 451, 465, 476, 481, 495, 496 y 496 v, 507, 508, 509, 510, 511 y 514. En este estado el Arbitro admite los documentos señalados por la demandante y ordena que se saquen las copias solicitadas por la demandante, las mismas que se tienen por admitidas e integradas al expediente arbitral como prueba ofrecida por el demandante.
16. Respecto a los documentos requeridos a la parte demandante y siendo éstos de actuación inmediata y requeridos por el Arbitro, para verificar los abonos y penalidades aplicadas, quedan pendientes la atención debido a que el plazo concedido a la parte demandante vence el 14 de noviembre del 2011. Lo que no enerva la presente etapa de actuación de medios probatorios, en

consecuencia, el Arbitro declaró concluida la etapa de medios probatorios y concede a las partes el plazo de cinco días hábiles contados a partir del día siguiente de celebrada la audiencia, para que las partes presenten sus alegatos escritos.

17. Mediante escrito recibido en por la Secretaría Arbitral con fecha 14 de Noviembre de 2011, la Demandante, remite al Tribunal Arbitral la documentación solicitada mediante Resolución N° 05 de fecha 03 de Octubre de 2011, teniéndose por cumplido el requerimiento mediante Resolución N° 09 de fecha 23 de Noviembre de 2011.

## **VII. ALEGATOS E INFORMES ORALES**

18. Las partes presentaron sus alegatos escritos dentro del plazo otorgado por el Arbitro y mediante Resolución N°9, se señalo fecha para la Audiencia de Informes Orales para el día 12 de diciembre del 2011, contando con la presencia de los representantes de la SUNAT y con los representantes de Kimberly Clark, el Árbitro Único concedió el uso de la palabra a cada uno de los representantes quienes expusieron oralmente sus argumentos; asimismo, ambas partes hicieron uso de su derecho de réplica.

## **VIII. AUTOS PARA LAUDAR**

19. El Árbitro Único emitió la Resolución N° 11 de fecha 28 de Diciembre de 2011, declarando cerrada la etapa de instrucción de las actuaciones arbitrales conforme al numeral 28 del Acta de Instalación, asimismo, se señaló el plazo para laudar en treinta días hábiles desde el día siguiente de la citada resolución.
20. Mediante Resolución N° 12 de fecha 06 de Febrero de 2012, se prorrogó el plazo para Laudar por única vez por un plazo de veinte (20) días hábiles adicionales.

## **CONSIDERANDO:**

## **IX. ANALISIS DE LA MATERIA CONTROVERTIDA**

### **NORMA APLICABLE**

21. El Árbitro Único deja constancia que se pronunciará sobre los puntos controvertidos en el orden que considere necesario para dilucidar la controversia y resolver las pretensiones de las partes, aún cuando ese orden de análisis no corresponda al orden de los puntos controvertidos según el acta de la respectiva audiencia.
22. Es necesario precisar que teniendo en cuenta la fecha de celebración del CONTRATO de cuya

ejecución deriva la controversia, la normatividad especial aplicable al presente caso es el Texto Único Ordenado de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado por Decreto Legislativo N° 1017 y su Reglamento aprobado por el Decreto Supremo N° 184-2008-EF.

- 23.** Asimismo, el Tribunal Arbitral considera necesario indicar que si bien existen varias modalidades en las que las entidades y los privados establecen relaciones jurídico-patrimoniales, una de ellas se encuentra sometida al Decreto Legislativo N° 1017 y su Reglamento aprobado por el Decreto Supremo N° 184-2008-EF.
- 24.** Siendo así, el efecto que se genera cuando el Estado contrata con un privado en el marco de la Ley de Contrataciones y su Reglamento, consiste en la prevalencia de éstas normas sobre aquellas generales de procedimientos administrativos y sobre aquellas de derecho común que sean aplicables, inclusive al momento de resolver las controversias surgidas del contrato.
- 25.** Esta prevalencia, no significa la exclusión total a las normas que existen en el ordenamiento jurídico, pues el artículo 5° de la Ley de Contrataciones del Estado establece que tanto sus normas como las de su Reglamento “prevalecen sobre las normas de derecho público y sobre aquellas de derecho privado que le sea aplicables”, ello se refrenda con lo expuesto en el artículo 142° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado que en su segundo párrafo indica que 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.”, normas que guardan congruencia con el artículo IX del Título Preliminar del Código Civil que advierte que “las disposiciones del Código Civil se aplican supletoriamente a las relaciones y situaciones jurídicas reguladas por otras leyes, siempre que no sean incompatibles con su naturaleza”.
- 26.** Asimismo, siendo materia de la controversia un acto administrativo dado por la ENTIDAD y constituyendo el mismo, conforme a la Ley del Procedimiento Administrativo General – Ley N° 27444 (la misma que es de aplicación para todas las entidades de la Administración Pública), la declaración de la entidad que, en el marco de normas de derecho público, está destinada a producir efectos jurídicos sobre los intereses, obligaciones o derechos dentro de una situación concreta. Es pertinente contemplar este cuerpo normativo, en cuanto fuera aplicable, a la presente controversia en tanto y en cuanto la norma especial no contemplara regulación alguna sobre la materia a dilucidar.
- 27.** Tan cierto es lo indicado que, las partes, en ese entendido, han previsto en la cláusula décimo novena del Contrato que. “En lo no previsto en este contrato, en la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento, serán de aplicación las disposiciones pertinentes del Código Civil vigente y demás normas concordantes”.
- 28.** En ese sentido, para resolver las controversias surgidas entre KIMBERLY CLARK PERU S.R.L. Y la SUPERINTENDENCIA DE ADMINISTRACION TRIBUTARIA – SUNAT, serán de aplicación las normas convenidas en el Contrato, lo dispuesto en la Ley de Contrataciones del Estado, su

Reglamento, las normas del Código Civil, y las normas de la Ley del Procedimiento Administrativo General en lo que fuera aplicable.

29. Así también, se considerará el CONTRATO, el mismo que está conformado por las bases integradas, la oferta ganadora y los documentos derivados del proceso de selección que establezca obligaciones para las partes.

### **RESOLUCIÓN DE PUNTOS CONTROVERTIDOS**

30. Conforme a lo expresado en los considerandos precedentes corresponde dar inicio al análisis de cada uno de los puntos controvertidos:

**PRIMER PUNTO CONTROVERTIDO: Determinar las condiciones y plazos en los que de acuerdo al Contrato N° 028-2010-SUNAT/2P0000, Kimberly Clark SRL debía prestar el servicio de suministro requerido por la SUNAT y si existió incumplimiento o no por parte del proveedor respecto a estas condiciones y plazos y si este incumplimiento ocurrió por causal atribuible al propio proveedor o a la entidad.**

31. Respecto a este primer punto controvertido, para seguir un orden de desarrollo y análisis el mismo se disgrega en tres sub-puntos a saber:

31.1. Determinar las condiciones y plazos en los que de acuerdo al Contrato N° 028-2010-SUNAT/2P0000, Kimberly Clark SRL debía prestar el servicio de suministro requerido por la SUNAT

31.2. Determinar si existió incumplimiento o no por parte del proveedor respecto a estas condiciones y plazos

31.3. Determinar si éste incumplimiento ocurrió por causal atribuible al propio proveedor o a la entidad.

32. Respecto al primer sub-punto (31.1): Determinar las condiciones y plazos en los que de acuerdo al Contrato N° 028-2010-SUNAT/2P0000, Kimberly Clark SRL debía prestar el servicio de suministro requerido por la SUNAT se debe tener en consideración que:

32.1. Por proceso de selección de Adjudicación Directa Selectiva (ADS) N° 0007-2010-SUNAT/2P0000 de fecha 27 de Septiembre de 2010, la SUNAT convocó en primera convocatoria para la contratación de *“suministro de materiales de aseo para la Intendencia Regional Tacna y jurisdicción administrativa”*, habiéndose entregado la buena pro a KIMBERLY CLARK PERÚ SRL, mediante la Resolución N° 146-2010-SUNAT, de fecha 12 de Noviembre de 2010.

**32.2.** El día 30 de Noviembre de 2010, se suscribió el Contrato N° 028-2010-SUNAT/2P0000 entre la SUNAT, representada por la Intendente Regional Tacna, y KIMBERLY CLARK, con su propuesta económica ascendente a S/. 153,083.34 (Ciento cincuenta y tres mil ochenta y tres y 34/100 Nuevos Soles) para el “*suministro de materiales de aseo para la Intendencia Regional Tacna y jurisdicción administrativa*”, suministro de bienes que fue pactado en treinta y seis (36) meses, conforme a la cláusula sexta del contrato, contados a partir del día siguiente de la suscripción del contrato. Este suministro constaba de:

Concepto	Unidad de Medida	Cantidad	Precio Unitario S/. (Inc. IGV)	Precio Sub-Total S/.
Papel higiénico (mínimo 500 m. x 9.5 cm.)	Rollo	3,822	8.97	34,283.34
Papel toalla (mínimo 200 hojas de 21 cm. X 21 cm.)	Paquete	11,040	5.10	56,304.00
Jabón Spray (mínimo 400 ml.)	Unidad	2,976	21.00	62,496.00
<b>PRECIO TOTAL (incluye IGV) S/.</b>				<b>153,083.34</b>

**32.3.** Siendo parte integrante del Contrato N° 028-2010-SUNAT/2P0000 las Bases Integradas de la Adjudicación Directa Selectiva N° 0007-2010-SUNAT/2P000 - Primera Convocatoria, éstas establecían en el Capítulo III las “Especificaciones Técnicas y Requerimientos Técnicos Mínimos” para el contrato de suministro entre ellas: la relación de bienes requeridos; el tiempo de duración del contrato de suministro; la forma de entrega del los bienes; los plazos y lugares de entrega, la cantidad de entrega de los bienes; entre otros.

**32.4.** Así tenemos que se desprende del citado capítulo que:

**32.4.1. Respetto de los bienes requeridos (Punto I del Capítulo III de las Bases Integradas):**

SUB ITEM	Descripción del Bien	Unidad de Medida	Cantidad
1	Papel higiénico (mínimo 500 m. x 9.5 cm.)	Rollo	3,822
2	Papel toalla (mínimo 200 hojas de 21 cm. X 21 cm.)	Paquete	11,040
3	Jabón Spray (mínimo 400 ml.)	Unidad	2,976

**32.4.2. Respetto a la Forma de entrega (Punto III del Capítulo III de las Bases Integradas):**

Las entregas deberían efectuarse en las direcciones de las dependencias detalladas en el Numeral IV, de acuerdo a las cantidades totales detalladas a continuación:

SUB-ITEM 1	Papel higiénico (mínimo 500 m. x 9.5 cm.)	ROLLO	CANTIDAD
Sub ítem 1.1. Intendencia Regional Tacna			1,152
Sub ítem 1.2. Intendencia Aduana Tacna			2,250
Sub ítem 1.3. Intendencia Aduana Ilo			420

SUB-ITEM 2	Papel toalla (mínimo 200 hojas de 21 cm. x 21 cm.)	PAQUETE	CANTIDAD
Sub ítem 2.1. Intendencia Regional Tacna			4,320
Sub ítem 2.2. Intendencia Aduana Tacna			6,000
Sub ítem 2.3. Intendencia Aduana Ilo			720

SUB-ITEM 3	Jabón Spray (mínimo 400 ml.)	UNIDAD	CANTIDAD
Sub ítem 3.1. Intendencia Regional Tacna			936
Sub ítem 3.2. Intendencia Aduana Tacna			1,800
Sub ítem 3.3. Intendencia Aduana Ilo			240

Además el participante debía comprometerse, en caso de obtener la Buena Pro a entregar en comodato de los siguientes dispensadores, los que deberán ser instalados, al inicio del contrato en las ciudades detalladas a continuación:

#### CANTIDAD DE DISPENSADORES

DESCRIPCIÓN DEL BIEN	Intendencia Regional Tacna (IR Tacna)	Intendencia Aduana Tacna (IA Tacna)	Intendencia Aduana Ilo (IA Ilo)
Papel higiénico	21	45	18
Papel toalla	21	37	14
Jabón spray	25	38	14

**32.4.3. Respecto al Plazo y Lugar de entrega de los bienes (Punto IV del Capítulo III de las Bases Integradas):** en este punto se indica los plazos y lugares de entrega de los bienes objeto del contrato de suministro, conforme se detalla a continuación:

Entrega	Plazo de Entrega
1ra.	A los 05 días calendarios de suscrito el contrato.
2da.	A los 90 días calendario de efectuada la primera entrega
3ra.	A los 180 días calendario de efectuada la primera entrega

4ta.	A los 270 días calendario de efectuada la primera entrega
5ta.	Al año de efectuada la primera entrega
6ta.	Al año y 90 días calendario de efectuada la primera entrega
7ma.	Al año y 180 días calendario de efectuada la primera entrega
8va.	Al año y 270 días calendario de efectuada la primera entrega
9na.	Al 2do año de efectuada la primera entrega
10ma.	Al 2do año y 90 días calendario de efectuada la primera entrega
11va	Al 2do año y 180 días calendario de efectuada la primera entrega
12va.	Al 2do año y 270 días calendario de efectuada la primera entrega

Así también se establecía que:

“4.1.1. El plazo de la primera entrega se computa a partir del día siguiente de la suscripción del contrato.

4.1.2. El plazo de las demás entregas se computa a partir del día siguiente de efectuada la primera entrega.

4.1.3. En caso que las fechas previstas para la entrega, correspondan a días no laborables, la atención se deberá efectuar en el día hábil siguiente.

4.2. Las entregas de los bienes deberá efectuarse en el siguiente lugar y horario establecido:

Horario: Lunes a Viernes de 09.00 a 16.00 horas

Las direcciones de las dependencias donde se llevará a cabo la entrega de bienes e instalación de dispensadores para los sub-ítems que corresponda son las siguientes:

Nombre	DIRECCIÓN	Papel Higiénico	Papel Toalla	Jabón Líquido
Intendencia Regional Tacna	Sede Central Esq. Calle Zela N° 701-703 con Pasaje Vigil N° 55 - Tacna	21	21	25
Intendencia Aduana Tacna	Sede Central IAT Parque Industrial Manzana A Lotes 5 y 6, Pocollay	25	21	22
	PCA Zofra Tacna Carretera Panamericana Sur, km. 1265	05	05	05
	PCA Tomasiri Carretera Panamericana Sur, km. 1300	14	10	10
	PCA Vila Vila Carretera Costanera Km 68	01	01	01
Intendencia Aduana Ilo	Sede Central Av. Venecia S/N – ILO	17	13	13
	Almacén Mercancías Carretera Costanera Sr km. 5.5	1	1	1

.3. Para los efectos de la determinación de entregas, las coordinaciones serán efectuadas con la Oficina de Administración y Almacén o Departamento de Administración de la Sede Involucrada.”

**32.4.4. Respecto a la Cantidad de Entrega de los Bienes (Punto V del Capítulo III de las Bases Integradas):** en este punto se indica las cantidades a entregar, conforme se detalla a continuación:

“5.1. Las entregas se efectuarán de acuerdo al cronograma establecido en el numeral 4.1. y será de 1/12vo del total de bienes requerido por cada tipo de producto.

(...)”

**33.** Determinadas las condiciones y plazos en los que de acuerdo al Contrato N° 028-2010-SUNAT/2P0000 y a las Bases Integradas de la ADS N° 0007-2010-SUNAT/2P0000 (como parte integrante del contrato), Kimberly Clark Perú SRL debía prestar el servicio de suministro requerido por la SUNAT, conviene analizar y determinar conforme al sub-punto 31.2, si existió incumplimiento o no por parte del proveedor respecto a estas condiciones y plazos, así tenemos de lo señalado en el punto 33 precedente y sus correspondientes sub-puntos que:

**33.1.** KIMBERLY CLARK PERU S.R.L., en mérito del Contrato N° 028-2010-SUNAT/2P0000 (y a las Bases Integradas de la ADS N° 0007-2010-SUNAT/2P0000) suscrito con la SUNAT se obligó a:

**33.1.1.** Entregar los productos objeto del contrato de suministro en las cantidades y forma pactadas en los plazos y lugares establecidos (ver sub-puntos 33.4.1.; 33.4.2.; 33.4.3 y 33.4.4.).

**33.1.2.** Asimismo, se estableció una obligación complementaria a la prestación contratada, constituida por el compromiso de entregar en comodato los dispensadores, los mismos que deberían ser instalados, al inicio del contrato en las ciudades indicadas. (ver sub-punto 33.4.2).

**33.2.** Siendo que el Contrato N° 028-2010-SUNAT/2P0000 fue suscrito el día 30 de Noviembre de 2010, entre la SUNAT y KIMBERLY CLARK PERU S.R.L, conforme a las cláusulas del mismo y a las estipulaciones de las Bases Integradas de la ADS N° 0007-2010-SUNAT/2P0000 (ver sub-punto 33.4.3) se tiene que, el día límite para la primera entrega fue en primera instancia el día 05 de Diciembre de 2010 (domingo), no obstante en aplicación del numeral 4.1.3. del punto IV. Plazo y Lugar de Entrega del Capítulo III de las Bases Integradas que establece que: *“En caso que las fechas previstas para la entrega, correspondan a días no laborables, la atención se deberá efectuar en el día hábil siguiente”*, la fecha para la primera entrega de los bienes y entrega e instalación de

los dispensadores en comodato fue el día **LUNES 06 de DICIEMBRE DE 2010.**

- 33.3.** Se desprende de la demanda, presentada por KIMBERLY CLARK PERU S.R.L., en el punto II. Fundamentos de Hecho:, puntos 7 y 8, por propia afirmación de la demandante que:

**“7.- Nuestra representada cumplió con hacer la entrega total de los materiales correspondientes a la primera entrega el 16 de diciembre del 2010, cumpliendo en consecuencia en dicha fecha con el suministro objeto de la prestación conforme a lo establecido en las Bases Administrativas del Proceso, en nuestra propuesta y en el Contrato N° 028-2010-SUNAT/2P0000.**

**8.- La instalación de los dispensadores que debíamos entregar en comodato fue cumplida por nuestra representada en las fechas siguientes:**

**Intendencia Regional Tacna: el 12 de enero del 2011.**

**Intendencia de Aduana de Ilo: el 26 de enero del 2011.**

**Intendencia de Aduana de Tacna – Tomasiri: el 27 de enero del 2011.**

**No pudiendo instalarse los dispensadores en el resto de puntos señalados para la Intendencia de Aduana de Tacna, ya que la señorita Ximena Carpio, trabajadora de la SUNAT, informó a nuestro personal encargado de la instalación, que la misma no podía llevarse a cabo debido a que los servicios higiénicos donde se instalarían los dispensadores se encontraban en construcción, habiéndose manifestado a nuestro personal que se nos informaría más adelante para coordinar la instalación, lo que queda corroborado con el Acta de Constatación Notarial de fecha 10 de febrero del 2011, (...).”** (Resaltado y sub-rayado nuestro).

- 33.4.** Es decir, que respecto de la primera entrega de materiales KIMBERLY CLARK PERU S.R.L la efectuó con un retraso injustificado de 10 días (días calendario); así también, respecto de la entrega e instalación de los dispensadores se tiene que se aprecia retrasos injustificados pues, conforme se aprecia de las bases integradas éstos debieron entregarse e instalarse “al inicio del contrato”, entendiendo ello “a partir desde el día siguiente de la fecha de su suscripción”.

- 33.5.** Como es de apreciar existe un retraso en el cumplimiento de las prestaciones correspondientes a la DEMANDANTE, lo que conforme al Artículo 165° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado constituye un retraso injustificado en la ejecución de las prestaciones objeto del contrato por parte de la CONTRATISTA, pues de los actuados arbitrales se tiene que la DEMANDANTE en ningún caso ha procedido conforme a la cláusula sexta del contrato la misma que nos refiere al artículo 41° de la Ley de Contrataciones del Estado y el artículo 175° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado que contempla el procedimiento para la Ampliación del plazo contractual.

- 34.** A lo desarrollado precedentemente, es de entrever que, no ha mediado razón alguna que explique el retraso en el cumplimiento por parte de la DEMANDANTE en la primera entrega de los bienes en suministro pues, como se tiene de los actuados arbitrales y del propio dicho de KIMBERLY CLARK PERU S.R.L en su escrito de la demanda, ellos han cumplido con la prestación que les correspondía -de entregar los bienes y entregar en comodato e instalar los dispensadores correspondientes en las Intendencias Regionales y de Aduanas de Tacna e Ilo-, en las fechas indicadas (ver punto 33 y sus correspondientes sub-puntos) pero ello, a la luz de

las estipulaciones del Contrato y de las Bases integradas devienen en un incumplimiento no justificado de las prestaciones que le correspondían a la DEMANDANTE.

35. Como ya se ha advertido, existió un retraso de 10 días en la primera entrega de materiales, así también respecto de la entrega e instalación de los dispensadores pues en ellos se aprecia retrasos injustificados, cuando ellos debieron ser entregados e instalados, según conforme a las bases integradas: "(...) al inicio del contrato (...)"; lo que conforme a la cláusula quinta del contrato se entiende "a partir desde el día siguiente de la fecha de su suscripción".
36. Respecto al tercer sub-punto, Determinar si este incumplimiento ocurrió por causal atribuible al propio proveedor o a la entidad (31.3.), conforme a las estipulaciones del Contrato N° 028-2010-SUNAT/2P0000 y a las Bases Integradas de la ADS N° 0007-2010-SUNAT/2P0000, así como, a la exposición que ambas partes han hecho de sus argumentos y defensas en la presente controversia, es de concluir que si bien ha existido un incumplimiento injustificado por la DEMANDANTE respecto a las prestaciones que le incumbían respecto al contrato indicado, ésta es sólo atribuible a ella, no siendo aplicable responsabilidad a la ENTIDAD por este incumplimiento injustificado de las prestaciones por parte de la CONTRATISTA, ya que como se puede apreciar el DEMANDANTE debió entregar los bienes objeto del contrato el día 06 de Diciembre de 2010 y asimismo, entregar e instalar los dispensadores al inicio del contrato y no en las fechas que injustificadamente lo hizo, por lo que se concluye que el incumplimiento ocurrió por causal atribuible al propio proveedor (Kimberly Clark Perú S.R.L.) al haber hecho entrega en fecha distinta a la programada sin que medie causa o justificación alguna, mucho menos si no ha solicitado ampliación de plazo contractual conforme lo facultaba el artículo sexto del Contrato y al artículo 41° de la Ley de Contrataciones del Estado y el artículo 175° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

**SEGUNDO PUNTO CONTROVERTIDO:** Determinar si la SUNAT advirtió y cumplió el procedimiento establecido en la Ley y Reglamento de Contrataciones del Estado para resolver el contrato N° 028-2010-SUNAT72P0000, dispuesta mediante carta notarial: Carta N° 47-2011-SUNAT/2P0100, notificada el 03 de febrero del 2011, y si Kimberly Clark Perú SRL tuvo oportunidad de conocer y absolver el mismo, en consecuencia determinar si se aplicó debidamente el cobro de la penalidad y si procede la ejecución de la garantía de fiel cumplimiento del contrato constituida por la Carta Fianza REF N° 8610326003 del Citi Bank del Perú.

37. Respecto al segundo punto controvertido, para seguir un orden de desarrollo y análisis el mismo se disgrega en cuatro sub-puntos a saber:

37.1. Determinar si la SUNAT advirtió y cumplió el procedimiento establecido en la Ley y Reglamento de Contrataciones del Estado para resolver el contrato N° 028-2010-SUNAT72P0000, dispuesta mediante carta notarial: Carta N° 47-2011-SUNAT/2P0100,

notificada el 03 de febrero del 2011.

37.2 Determinar si Kimberly Clark Perú SRL tuvo oportunidad de conocer y absolver el mismo.

37.3 Determinar si se aplicó debidamente el cobro de la penalidad.

37.4 Determinar si procede la ejecución de la garantía de fiel cumplimiento del contrato constituida por la Carta Fianza REF N° 8610326003 del Citi Bank del Perú.

38. El sub-punto 37.1. referido a que si la SUNAT advirtió y cumplió el procedimiento establecido en la Ley y Reglamento de Contrataciones del Estado para resolver el contrato N° 028-2010-SUNAT72P0000, dispuesta mediante carta notarial: Carta N° 47-2011-SUNAT/2P0100, notificada el 03 de febrero del 2011 requiere analizar si los actos realizados por la ENTIDAD para disponer la Resolución del Contrato estuvo ajustada a lo establecido en la Ley y el Reglamento de las Contrataciones del Estado, en ese sentido:

38.1. EL artículo 44 de la Ley de Contrataciones del Estado establece que:

**“Artículo 40.- Cláusulas obligatorias en los contratos**

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

a) (...)

(...)

**c) Resolución de contrato por incumplimiento: En caso de incumplimiento por parte del contratista de alguna de sus obligaciones, que haya sido previamente observada por la Entidad, y no haya sido materia de subsanación, esta última podrá resolver el contrato en forma total o parcial, mediante la remisión por la vía notarial del documento en el que se manifieste esta decisión y el motivo que la justifica.** Dicho documento será aprobado por autoridad del mismo o superior nivel jerárquico de aquella que haya suscrito el contrato. **El contrato queda resuelto de pleno derecho a partir de la recepción de dicha comunicación por el contratista.** El requerimiento previo por parte de la Entidad podrá omitirse en los casos que señale el Reglamento. Igual derecho asiste al contratista ante el incumplimiento por la Entidad de sus obligaciones esenciales, siempre que el contratista la haya emplazado mediante carta notarial y ésta no haya subsanado su incumplimiento.

**Artículo 44.- Resolución de los contratos**

**Cualquiera de las partes podrá resolver el contrato,** sin responsabilidad de ninguna de ellas, en caso fortuito o fuerza mayor que imposibilite de manera definitiva la continuación del contrato.

**Cuando se resuelva el contrato, por causas imputables a alguna de las partes, se deberá resarcir los daños y perjuicios ocasionados.**

En caso de resolución de contrato de obra y de existir saldo de obra por ejecutar, la Entidad contratante podrá optar por culminar la obra mediante administración directa, convenio con otra Entidad o, teniendo en cuenta el orden de prelación, podrá invitar a los postores que participaron en el proceso de selección que dio origen a la ejecución de la obra para que manifiesten su intención de realizar el saldo de la misma. **El procedimiento será establecido en el Reglamento del presente Decreto Legislativo.**

*De no proceder ninguno de los mecanismos antes mencionados, se deberá convocar el proceso de selección que corresponda, teniendo en cuenta el Valor Referencial respectivo.” (Resaltado y sub-rayado nuestro)*

- 38.2. Respecto a la Resolución del Contrato el Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado señala que:

*“Artículo 167.- Resolución de Contrato*

**Cualquiera de las partes puede poner fin al contrato por un hecho sobreviniente a la suscripción del mismo, siempre que se encuentre previsto expresamente en el contrato con sujeción a la Ley.**

*Por igual motivo, se puede resolver el contrato en forma parcial, dependiendo de los alcances del incumplimiento, de la naturaleza de las prestaciones, o de algún otro factor relevante, siempre y cuando sea posible sin afectar el contrato en su conjunto.*

**Artículo 168.- Causales de resolución por incumplimiento**

**La Entidad podrá resolver el contrato, de conformidad con el inciso c) del artículo 40° de la Ley, en los casos en que el contratista:**

**1. Incumpla injustificadamente obligaciones contractuales, legales o reglamentarias a su cargo, pese a haber sido requerido para ello.**

**2. Haya llegado a acumular el monto máximo de la penalidad por mora o el monto máximo para otras penalidades, en la ejecución de la prestación a su cargo; o**

**3. Paralice o reduzca injustificadamente la ejecución de la prestación, pese a haber sido requerido para corregir tal situación.**

*El contratista podrá solicitar la resolución del contrato, de conformidad con el inciso c) del artículo 40° de la Ley, en los casos en que la Entidad incumpla injustificadamente sus obligaciones esenciales, las mismas que se contemplan en las Bases o en el contrato, pese a haber sido requerido conforme al procedimiento establecido en el artículo 169°.*

**Artículo 169.- procedimiento de resolución de Contrato**

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

*Dependiendo del monto contractual y de la complejidad, envergadura o sofisticación de la contratación, la Entidad puede establecer plazos mayores, pero en ningún caso mayor a quince (15) días, plazo este último que se otorgará necesariamente en el caso de obras. **Si vencido dicho plazo el incumplimiento continúa, la parte perjudicada resolverá el contrato en forma total o parcial, comunicando mediante carta notarial la decisión de resolver el contrato.***

**No será necesario efectuar un requerimiento previo cuando la resolución del contrato se deba a la acumulación del monto máximo de penalidad por mora, o por otras penalidades,** o cuando la situación de incumplimiento no pueda ser revertida. *En este caso, bastará comunicar al contratista mediante carta notarial la decisión de resolver el contrato.*

*La resolución parcial sólo involucrará a aquella parte del contrato afectada por el incumplimiento y siempre que dicha parte sea separable e independiente del resto de las obligaciones contractuales, y que la resolución total del contrato pudiera afectar los intereses de la Entidad. En tal sentido, el requerimiento que se efectúe deberá precisar con claridad qué parte del contrato quedaría resuelta si persistiera el incumplimiento.*

*De no hacerse tal precisión, se entenderá que la resolución será total en caso de persistir el incumplimiento.” (Resaltado y sub-rayado nuestro)*

- 38.3. Conforme se advierte de la normatividad indicada se puede advertir que para la resolución del contrato por incumplimiento esta procede cuando **el contratista haya incumplido alguna de sus obligaciones**, y que la misma haya sido previamente observada por la Entidad, y no haya sido materia de subsanación, siendo que esta última podrá resolver el contrato en forma total o parcial, mediante la remisión por la vía notarial del documento en el que se manifieste esta decisión y el motivo que la justifica, quedando resuelto el contrato de pleno derecho a partir de la recepción de dicha comunicación por el contratista. El procedimiento será establecido en el Reglamento de

la Ley de Contrataciones del Estado.

El Reglamento establece que la resolución del contrato procede en tres supuestos atribuibles al contratista: **1. Cuando éste incumpla injustificadamente obligaciones contractuales**, legales o reglamentarias a su cargo, **pese a haber sido requerido para ello**; **2. Haya llegado a acumular el monto máximo de la penalidad por mora o el monto máximo para otras penalidades**, en la ejecución de la prestación a su cargo; y **3. Paralice o reduzca injustificadamente la ejecución de la prestación**, pese a haber sido requerido para corregir tal situación. Para tales situaciones establece el siguiente procedimiento:

- a. La parte perjudicada deberá requerir al perjudicante, mediante carta notarial para que las satisfaga en un plazo no mayor a cinco (5) días, **bajo apercibimiento de resolver el contrato.**
- b. Vencido dicho plazo, si el incumplimiento continúa, la parte perjudicada resolverá el contrato en forma total o parcial, comunicando mediante carta notarial la decisión de resolver el contrato.
- c. No será necesario efectuar un requerimiento previo cuando la resolución del contrato se deba a la acumulación del monto máximo de penalidad por mora, o por otras penalidades, o cuando la situación de incumplimiento no pueda ser revertida. En este caso, bastará comunicar al contratista mediante carta notarial la decisión de resolver el contrato.

**38.4.** De las actuaciones arbitrales se tiene que SUNAT para la consecución de la resolución del Contrato ha emitido la siguiente documentación:

**38.4.1. La Carta N° 675-2010-SUNAT/2P0100**, de fecha 23 de Diciembre de 2010 emitida por SUNAT y recibida por KIMBERLY CLARK con fechas 23/12/2010 (vía correo electrónico dirigido a ([peter.flores@kcc.com](mailto:peter.flores@kcc.com), [instituciones@kcc.com](mailto:instituciones@kcc.com)) **por la que se comunicó al contratista el incumplimiento del contrato respecto de la entrega e instalación de los dispensadores otorgándosele un plazo de 02 (dos) días hábiles para cumplir con el requerimiento efectuado sin perjuicio de las penalidades que correspondan** (...). Es de indicar que, originalmente, la Carta N° 675-2010-SUNAT/2P0100 fue remitida al JIRÓN BUCARE N° 598, CAMACHO, LA MOLINA - LIMA, dirección distinta a la señalada en el Contrato N° 028-2010-SUNAT72P0000 por la CONTRATISTA, pues esta dirección la SUNAT la obtuvo de la Declaración Jurada y del Registro Nacional de Proveedores del Estado (RNP) de la Contratista.

38.4.2. **La Carta N° 001-2011-SUNAT/3M0000, de fecha 03/01/2011**, emitida por Intendencia de Aduana de Ilo se remitió en dicha fecha a los correos electrónicos del contratista ([peter.flores@kcc.com](mailto:peter.flores@kcc.com), [instituciones@kcc.com](mailto:instituciones@kcc.com)), comunicándole el incumplimiento del contrato referido al **incumplimiento del contrato respecto de la entrega e instalación de los dispensadores otorgándosele un plazo de 02 (dos) días hábiles para cumplir con el requerimiento efectuado sin perjuicio de las penalidades que correspondan** (...). Al igual que la carta anterior, ésta fue remitida al JIRÓN BUCARE N° 598, CAMACHO, LA MOLINA - LIMA, dirección distinta a la señalada en el Contrato N° 028-2010-SUNAT72P0000 por la CONTRATISTA

38.4.3. Se aprecia asimismo, que mediante correos electrónicos diversos dirigidos a las siguientes direcciones [peter.flores@kcc.com](mailto:peter.flores@kcc.com), [instituciones@kcc.com](mailto:instituciones@kcc.com), [cesar.ordonez@kcc.com](mailto:cesar.ordonez@kcc.com) y [paul.culqui@kcc.com](mailto:paul.culqui@kcc.com) se comunica en distintas fechas, reiterativamente, el incumplimiento en la entrega respecto a la Intendencia de Aduanas Tacna e Intendencia de Aduana Ilo e instalación de los dispensadores para todas las sedes.

38.4.4. **Por Carta N° 27-2011-SUNAT/2P0100** de fecha 13/01/2011, con fecha de recepción 21/01/2011, se comunicó al contratista -vía notarial- que había incurrido en **treinta y ocho (38) y cuarenta (40) días de retraso injustificado en la entrega de los suministro e instalación de los dispensadores materia del contrato ADS-Adjudicación Directa Selectiva N° 0007-2010-SUNAT/2P0000-Primera Convocatoria que tiene como objeto el Suministro de Materiales de Aseo para la INTENDENCIA REGIONAL TACNA Y JURISDICCION ADMINISTRATIVA**, indicando que “corresponde aplicar una penalidad que asciende a S/. 25, 101.86 (...); siendo que por el artículo 165° del RLCE sólo se puede aplicar penalidad por un monto máximo equivalente al 10% del monto contratado vigente o de ser el caso del ítem que debió ejecutarse, por lo que se aplicó la penalidad a las Facturas N° 28 –N° 0334964; 335418; 0334965; 0335554; 0335419; 0334963 por un monto máximo de S/.1,276.77.”

Adicionalmente indica que, “conforme al numeral 2 del artículo 168° del Reglamento, establece como causal de resolución del contrato, que el contratista haya llegado a acumular el monto máximo de la penalidad por mora, en la ejecución de la prestación a su cargo, supuesto que se ha producido en el siguiente caso.”

A su vez, señala que, “el artículo 170° del Reglamento dispone que si la parte perjudicada es la Entidad, ésta ejecutará las garantías que el contratista hubiera otorgado, sin perjuicio de la indemnización por los mayores daños y perjuicios irrogados.”

- 38.4.5. La Carta N° 47-2011-SUNAT/2P0100**, emitida por la Intendencia Regional Tacna y notificada notarialmente con fecha 03/02/2011, comunicó a **KIMBERLY CLARK** que, ante su constante incumplimiento, al haberse superado el monto máximo de la penalidad por mora aplicable en la ejecución de la prestación a su cargo, se había decidido **RESOLVER EL CONTRATO** celebrado con la empresa **KIMBERLY CLARK SRL**, suscrito con fecha 30/11/2010.
- 38.5.** Así, conforme a lo desarrollado en los sub-puntos 38.1; 38.2; 38.3 y 38.4, precedentes, se tiene que la SUNAT no ha observado en ningún momento el procedimiento establecido en el artículo 169° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado para decidir la Resolución del Contrato N° 028-2010-SUNAT72P0000. Pues como se aprecia la SUNAT, si bien es cierto requirió al CONTRATISTA para que satisfaga el incumplimiento incurrido –mediante **Carta N° 675-2010-SUNAT/2P0100 y La Carta N° 001-2011-SUNAT/3M0000**, éstas fueron dirigidas a dirección distinta a la señalada por el CONTRATISTA en el Contrato N° 028-2010-SUNAT72P000, máxime si como se aprecia en la cláusula décimo octava del referido contrato, ambas partes señalan que sus domicilios legales son los consignados en la introducción del mismo (contrato), siendo que, se aprecia de la introducción del Contrato que el CONTRATISTA señalo como domicilio la AVENIDA EL PINAR N° 180, INTERIOR 505, CHACARILLA DEL ESTANTE, SANTIAGO DE SURCO, PROVINCIA Y DEPARTAMENTO DE LIMA. Así también se aprecia que las referidas cartas (**Carta N° 675-2010-SUNAT/2P0100 y La Carta N° 001-2011-SUNAT/3M0000**) fueron remitidas a los correos electrónicos [peter.flores@kcc.com](mailto:peter.flores@kcc.com), [instituciones@kcc.com](mailto:instituciones@kcc.com), procedimiento no establecido en el artículo 169° del Reglamento.
- 38.6.** Como se puede apreciar de la redacción de la **Carta N° 675-2010-SUNAT/2P0100** y la **Carta N° 001-2011-SUNAT/3M0000**, ninguna de las mismas contiene la formula “**bajo apercibimiento de resolver el contrato.**”, así tampoco la **Carta N° 27-2011-SUNAT/2P0100** que contiene la comunicación de que se “ha llegado a acumular el monto máximo de la penalidad por mora, en la ejecución de la prestación a su cargo” y la **Carta N° 47-2011-SUNAT/2P0100**, que contiene la Resolución de **CONTRATO** celebrado con la empresa **KIMBERLY CLARK SRL**, suscrito con fecha 30/11/2010.
- 39.** Respecto al sub-punto 37.2, referido a determinar si Kimberly Clark Perú SRL tuvo oportunidad de conocer y absolver el requerimiento de cumplimiento contenido en las **Carta N° 675-2010-SUNAT/2P0100** y la **Carta N° 001-2011-SUNAT/3M0000**, es de indicar que conforme se desprende de los actuados arbitrales y desarrollado en los puntos precedentes, es recién con la Carta N° 27-2011-SUNAT/2P0100, de fecha 13 de enero del 2011, remitida por vía notarial y fecha de recepción por la CONTRATISTA el 20 de enero del 2011, en su domicilio legal (señalado en el contrato), que toman conocimiento formal, conforme al procedimiento establecido en el artículo 169° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado del incumplimiento en el que habría incurrido en la ejecución contractual del Contrato N° N° 028-2010-

SUNAT72P0000, pues las mismas se encontraban insertas como anexos de dicha Carta Notarial, entre otros, las mismas que, como ya se ha indicado, no habían sido notificadas al Contratista en forma oportuna al haberse enviado las mismas a un domicilio que no era el indicado en el contrato como domicilio legal.

40. Así las cosas, si bien el Contratista pudo observar y conocer del incumplimiento incurrido de su parte en la ejecución contractual, por las diversas comunicaciones y requerimientos efectuados por la SUNAT por distintos medios como lo son correos electrónicos, esto no resulta suficiente para que se pueda considerar que el Contratista tuvo conocimiento oportuno y fue requerido conforme al procedimiento contenido en el artículo 169° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado), por lo que este Tribunal Arbitral concluye que la SUNAT no ha observado el debido procedimiento administrativo contemplado en el Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado para resolver el Contrato N° N° 028-2010-SUNAT72P0000.

41. Respecto al sub-punto 37.2 referido a determinar si se aplicó debidamente el cobro de la penalidad, este Tribunal Arbitral, luego del análisis correspondiente indica que, es necesario mencionar que la tarea del Árbitro Único es **determinar si se aplicó debidamente el cobro de la penalidad** impuesta por la SUNAT a la CONTRATISTA por la suma de S/. 1,276.78 (Un Mil Doscientos Setenta y Seis y 78/100 Nuevos Soles). En ese sentido se tiene que:

41.1. Respecto a las penalidades que pueden imponer las entidades estatales por mora en la ejecución de la prestación, el Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado señala en su artículo 165° que:

*“En caso de retraso injustificado en la ejecución de las prestaciones objeto del contrato, la Entidad le aplicaría al CONTRATISTA una penalidad por cada día de atraso, hasta por un monto máximo equivalente al diez por ciento (10%) del monto del contrato vigente o, de ser el caso, del ítem que debió ejecutarse. Esta penalidad sería deducida de los pagos a cuenta, del pago final o en la liquidación final; o si fuese necesario se cobrará del monto resultante de la ejecución de las garantías de fiel cumplimiento o por el monto diferencial de propuesta. (...)” ..“Tanto el monto como el plazo se refieren, según corresponda, al contrato o ítem que debió ejecutarse o, en caso que estos involucraran obligaciones de ejecución periódica, a la prestación parcial que fuera materia de retraso.*

*Cuando se llegue a cubrir el monto máximo de la penalidad, la Entidad podría resolver el contrato por incumplimiento.”*

41.2. La SUNAT, a través de la Carta N° 105-2011-SUNAT/2P0100 de fecha 28/02/2011, remitida al demandante con fecha de recepción 01/03/2011 donde le comunica que a la fecha de corte ( 26/01/2011) ha incurrido en retraso injustificado en la entrega de los suministros e instalación de los dispensadores materia del contrato ADS-Adjudicación Directa Selectiva N° 0007-2010-SUNAT/2P0000 Primera Convocatoria sobre el Suministro de Materiales de Aseo para la intendencia Regional Tacna y Jurisdicción Administrativa, según detalle que presenta, se evidencia que la ENTIDAD ha realizado el cálculo de las penalidades según el monto de las facturas pagadas al demandante, así tenemos como muestra:

Factura N° 028-0334963 por un monto de S/. 4,239.40 aplicándole 52 días de retraso, con una penalidad diaria de S/. 211.97 que multiplicado por los días de retraso (52 días) da un monto de S/. 11,022.44 de penalidad, monto que supera en 2.6 veces el monto de la factura, y así sucesivamente con el resto de las 5 facturas, siendo la suma total de las 6 facturas S/. 12,767.78 Nuevos Soles llegando a un total de penalidad calculada en S/. 30,160.10 Nuevos Soles (duplicando por demás el monto total de dichas facturas), monto que según la demandada, aplicando la fórmula considerada en el Art. 165° del Reglamento, supera el 10% del total del monto de las facturas es decir de S/, 12, 767.78 Nuevos Soles, por lo que le aplica al demandante el 10% del total del monto facturado es decir S/. 1,276.78 Nuevos Soles.

- 41.3.** Se evidencia que la ENTIDAD no ha cumplido con el Artículo 165° del Reglamento, en el sentido que debió aplicar la fórmula según lo indicado en esta norma, es decir considerando el monto del contrato vigente o de ser el caso del ítem que debió ejecutarse. Debiendo considerar para el cálculo los montos correspondiente al ítem Papel Higiénico, ítem papel toalla, ítem jabón líquido y por dependencias no mezclando los ítems.
- 41.4.** Corrobora este hecho, las guías de remisión que se adjunta en cada factura donde se evidencia la entrega de aseo de diferentes ítems.
- 41.5.** Para el cálculo de las penalidades no debe considerarse la instalación de los dispensadores por ser a título gratuito y no se podría aplicar la fórmula. Asimismo, no se ha establecido en las bases ni en el Contrato N° 028-2010-SUNAT/2P0000, una penalidad para el incumplimiento del comodato que debía otorgar la Contratista.
- 42.** Al sub-punto 37.4., Determinar si procede la ejecución de la garantía de fiel cumplimiento del contrato constituida por la Carta Fianza REF N° 8610326003 del Citi Bank del Perú, se debe precisar que, en el marco de las contrataciones con el Estado, las garantías (previstas en el Artículo 39° de la Ley de Contrataciones) son un mecanismo jurídico de respaldo destinado a proteger, resarcir o asegurar el cumplimiento de las obligaciones asumidas por el contratista como consecuencia de la suscripción de los contratos que suscriba éste con el Estado. En eses sentido:
- 42.1.** El artículo 158° del Reglamento de la Ley de contrataciones del Estado, establece que el entregar garantía de fiel cumplimiento constituye requisito indispensable para la suscripción del contrato, la misma que debe ser emitida por un monto equivalente al diez por ciento (10%) del monto del contrato original y tener vigencia hasta la conformidad de la recepción de la prestación a cargo del contratista.
- 42.2.** Esta garantía de fiel cumplimiento sólo se ejecuta conforme al Artículo 164 , segundo párrafo, : *“La garantía de fiel cumplimiento y la garantía adicional por el monto diferencial*

*de propuesta se ejecutaran, en su totalidad, solo cuando la resolución por la cual la Entidad resuelve el contrato por causa imputable al contratista, haya quedado consentida o cuando por laudo arbitral consentido y ejecutoriado se declare procedente la decisión de resolver el contrato. El monto de las garantías corresponderá íntegramente a la Entidad, independiente ente de la cuantificación del daño efectivamente irrogado.”*

- 42.3. De lo indicado normativamente, entendemos que efectivamente las garantías se constituyen como un mecanismo de respaldo destinado a proteger, resarcir o asegurar el cumplimiento de obligaciones; por su naturaleza éstas sólo pueden ser entregadas por el Contratista para asegurar el cumplimiento del objeto de la prestación (principal) del Contrato pues lo que se busca con ellas (las garantías) es proteger a la Entidad de posibles incumplimientos por parte del contratista, y de manera excepcional sirve para el cobro de alguna penalidad impuesta, siendo que las mismas, en el caso de las garantías de fiel cumplimiento, se ejecutan cuando la resolución del contrato por causa imputable al contratista ha quedado consentida o cuando por laudo arbitral consentido y ejecutoriado se declare procedente la decisión de resolver el contrato (artículo 170° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado. Tercer párrafo).

**TERCER PUNTO CONTROVERTIDO: Determinar si corresponde la devolución de los dispensadores de materiales de aseo entregados a la SUNAT en comodato.**

43. Respecto al Tercer Punto Controvertido, a determinar si corresponde la devolución de los dispensadores de materiales de aseo entregados a la SUNAT en comodato, se tiene que respecto a este punto controvertido, siendo el Comodato un contrato nominado cuya normatividad no se encuentra establecida en la Ley de Contrataciones del Estado ni en su Reglamento, es preciso en el presente asunto remitirnos al Código Civil que lo contempla en sus artículos 1728 al 1748m máxime si como se aprecia de las actuaciones arbitrales las partes, no han suscrito un contrato de comodato sobre los dispensadores entregados por el Contratista a la SUNAT.

- 43.1. En ese sentido se tiene que, se entiende por (contrato de) comodato aquel por el cual el comodante se obliga a entregar gratuitamente al comodatario un bien no consumible, para que lo use por cierto tiempo o para cierto fin y luego lo devuelva.
- 43.2. En caso de autos se aprecia que el Contratista ha entregado en comodato dispensadores a la Entidad para su uso, esta entrega se ha efectuado en mérito al Contrato 028-2010-SUNAT/2P0000 para el “Suministro de Materiales de Aseo para la Intendencia Regional de Tacna y Jurisdicción Administrativa”, cuyas Bases Integradas (de la ADS – 007-2010-SUNAT/2P0000), estipuló que el Contratista debía comprometerse, en caso de obtener la Buena Pro a entregar en comodato los dispensadores, los mismos que deberían ser instalados, al inicio del contrato, en los lugares indicados por la SUNAT.

- 43.3. Como se aprecia, la relación contractual entre la SUNAT y el Contratista tenía como objeto principal la de suministrar, por parte del Contratista “materiales de aseo para la Intendencia Regional de Tacna y Jurisdicción Administrativa” a la Entidad, para lo cual la entrega de dispensadores en comodato constituía una prestación complementaria al objeto del contrato, por lo cual no se ha suscrito un contrato de comodato propiamente dicho entre las partes.
- 43.4. Conforme ha manifestado el Contratista en su escrito de la demanda, ha entregado en comodato e instalado un total de 144 (ciento cuarenta y cuatro) dispensadores en la Intendencia Regional Tacna, Intendencia de Aduana de Ilo e Intendencia de Aduana de Tacna, hecho manifestado más no así probado o corroborado en el presente arbitraje, sin embargo, de existir dispensadores en posesión de la entidad provenientes de la ejecución contractual, siendo que no se ha establecido un plazo de duración del Comodato, conforme al artículo **1737 del Código Civil que establece que cuando no se ha determinado la duración del contrato de comodato, el comodatario está obligado a restituir el bien cuando el comodante lo solicite, siendo aplicable consecuentemente lo dispuesto en el artículo** 1744 del Código Civil, por lo que el comodatario (SUNAT) debe devolver los bienes dados en comodato, que aun tenga en su poder, al comodante (CONTRATISTA), en el lugar en que lo recibió.

**CUARTO PUNTO CONTROVERTIDO: Determinar si corresponde que la SUNAT pague a Kimberly Clark Perú SRL, una indemnización por daños y perjuicios (daño emergente y lucro cesante) ascendente a s/ 21,040.58, como consecuencia de la resolución del Contrato N°028-2010 SUNAT/2P0000, y a quién le corresponde asumir las costas y costos del presente proceso arbitral.**

44. En este punto se analiza si conforme a lo desarrollado corresponde que, la SUNAT pague a Kimberly Clark Perú SRL, una indemnización por daños y perjuicios (daño emergente y lucro cesante) ascendente a s/ 21,040.58, como consecuencia de la resolución del Contrato N°028-2010 SUNAT/2P0000. En ese sentido:

- 44.1. La responsabilidad contractual es la que procede ante la infracción de un contrato válido o, es aquella que resulta del incumplimiento de una obligación nacida de un contrato. Ésta comprende dos partes: una de ellas es la reparación de daños y la segunda es la indemnización por los perjuicios ocasionados. Así el artículo 1321º del Código Civil señala lo siguiente: “Queda sujeto a la indemnización de daños y perjuicios quien no ejecuta sus obligaciones por dolo, culpa inexcusable o culpa libre”.

Debe tenerse en cuenta que, para que se configure la responsabilidad contractual, debe de cumplirse con lo siguiente: primero debe existir un contrato válidamente celebrado, el mismo que debe ser eficaz y que, en el presente caso efectivamente existe. Segundo,

debe producirse un incumplimiento absoluto o relativo de las obligaciones por parte del deudor, incumplimiento que debe ocasionar un daño. Tercero, debe existir una relación de causalidad entre el incumplimiento del deudor y el daño ocasionado al acreedor y cuarto, deben configurarse los factores de atribución subjetivos y objetivos.

- 44.2.** El Árbitro Único, luego de un análisis de la presente pretensión, ha concluido que lo que la CONTRATISTA pretende es evidentemente una indemnización por los daños y perjuicios que supuestamente le ocasionó la ENTIDAD por la injustificada Resolución del Contrato N° 028-2010-SUNAT/2P0000 que según manifiesta ha impedido que continúe con la ejecución de la prestación contratada.
- 44.3.** En esa línea, el artículo 1331° del Código Civil, señala lo siguiente: “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”.
- 44.4.** Entonces, quien tiene la carga de la prueba según el artículo 1331° del Código Civil, es quien afirma que ha sido perjudicado por la inejecución de la obligación contractual.
- 44.5.** Asimismo, se desprende del mismo artículo que quien solicita una indemnización debe probarlo. Así y estando a lo indicado, queda claro, en primer término, que en el presente caso arbitral, quien tiene la carga de probar si se le provocó un daño por alguna inejecución contractual es el DEMANDANTE o CONTRATISTA.
- 44.6.** En ese sentido, al no haber la documentación respectiva en el expediente que justifique este pedido formulado por la CONTRATISTA, el Árbitro Único lo declara INFUNDADO.
- 45. Siendo parte de los puntos controvertidos determinar a quién le corresponde asumir las costas y costos del presente proceso arbitral, este Tribunal Arbitral señala que:**
- 45.1.** El Decreto Legislativo N° 1071, Ley General de Arbitraje, considera bajo la denominación “Costos Arbitrales”, los honorarios y gastos del tribunal arbitral, los honorarios y gastos del secretario, los gastos administrativos de la institución arbitral, los honorarios y gastos de los peritos o de cualquier otra asistencia requerida por el tribunal arbitral, los gastos razonables incurridos por las partes para su defensa en el arbitraje y los demás gastos razonables originados en las actuaciones arbitrales.
- 45.2.** En el primer numeral del artículo 73° establece específicamente que el tribunal arbitral tendrá en cuenta a efectos de imputar o distribuir los costos del arbitraje, el acuerdo de las partes, y que a falta de acuerdo, los costos del arbitraje serán de cargo de la parte vencida, sin embargo, se podrá distribuir y prorratear estos costos entre las partes, si estima que el prorrateo es razonable, teniendo en cuenta las circunstancias del caso.

**45.3.** En el marco de la norma citada, el Arbitro Único deja constancia que en el CONTRATO no se aprecia que las partes hayan pactado respecto de los costos del arbitraje, como tampoco en otros documentos actuados en autos. De otro lado, se aprecia que en el presente caso, las Partes han actuado por la sucesiva cadena de confusiones recíprocas, e incertidumbre jurídica entre ellas, que les ha creado la convicción de estar actuando correctamente, además de observarse una conducta correcta, por las partes, durante el arbitraje; por lo que el Árbitro Único estima que es procedente el prorrateo de los gastos arbitrales comunes en partes iguales, los cuales en efecto ya han sido asumidos por cada parte en la proporción que les corresponde ( 50% - 50%); así como procedente que cada uno asuma sus propios gastos, tales como asesoría legal, viáticos, derechos notariales registrales, tasas pagadas al OSCE para designación de árbitro único y otros.

**46.** Como se aprecia de las actuaciones arbitrales y conforme a lo desarrollado en los considerandos precedentes se tiene que, en el la ejecución contractual del Contrato N° 028-2010-SUNAT/2P0000 de la ADS- 007-2010-SUNAT/2P0000 se ha podido comprobar que:

46.1. Que, el objeto del Contrato N° 028-2010-SUNAT/2P0000 conforme a las Bases Integradas de la ADS- 007-2010-SUNAT/2P0000 era el Suministro de Materiales de Aseo para la Intendencia Regional Tacna y Jurisdicción Administrativa, la misma que consistía en el suministro de:

Concepto	Unidad de Medida	Cantidad
Papel higiénico (mínimo 500 m. x 9.5 cm.)	Rollo	3,822
Papel toalla (mínimo 200 hojas de 21 cm. X 21 cm.)	Paquete	11,040
Jabón Spray (mínimo 400 ml.)	Unidad	2,976

46.2. Que, asimismo, conforme al Contrato N° 028-2010-SUNAT/2P0000 conforme a las Bases Integradas de la ADS- 007-2010-SUNAT/2P0000, la CONTRATISTA debía, además, comprometerse, a entregar en comodato los dispensadores, los que deberán ser instalados, al inicio del contrato en las ciudades detalladas a continuación:

CANTIDAD DE DISPENSADORES A ENTREGAR			
DESCRIPCIÓN DEL BIEN	Intendencia Regional Tacna (IR Tacna)	Intendencia Aduana Tacna (IA Tacna)	Intendencia Aduana Ilo (IA Ilo)
Papel higiénico	21	45	18
Papel toalla	21	37	14
Jabón spray	25	38	14

46.3. Que, los plazos estipulados para la entrega de los bienes: Materiales de Aseo para la Intendencia Regional Tacna y Jurisdicción Administrativa, conforme al Contrato N° 028-2010-SUNAT/2P0000 y a las Bases Integradas de la ADS- 007-2010-SUNAT/2P0000 se estipuló:

Entrega	Plazo de Entrega
1ra.	A los 05 días calendarios de suscrito el contrato.
2da.	A los 90 días calendario de efectuada la primera entrega
3ra.	A los 180 días calendario de efectuada la primera entrega
4ta.	A los 270 días calendario de efectuada la primera entrega
5ta.	Al año de efectuada la primera entrega
6ta.	Al año y 90 días calendario de efectuada la primera entrega
7ma.	Al año y 180 días calendario de efectuada la primera entrega
8va.	Al año y 270 días calendario de efectuada la primera entrega
9na.	Al 2do año de efectuada la primera entrega
10ma.	Al 2do año y 90 días calendario de efectuada la primera entrega
11va.	Al 2do año y 180 días calendario de efectuada la primera entrega
12va.	Al 2do año y 270 días calendario de efectuada la primera entrega

46.4. Que, se ha logrado determinar que el Contratista cumplió tardíamente la primera entrega de los bienes, la misma que se hizo el día 16 de Diciembre de 2011, es decir 10 días después del plazo determinado, asimismo, no cumplió en entregar e instalar los dispensadores conforme a lo estipulado en el Contrato y las Bases Integradas, por lo que, conforme al Artículo 165° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado constituye un retraso injustificado en la ejecución de las prestaciones objeto del contrato por parte de la CONTRATISTA.

46.5. Que, asimismo, se ha determinado que el Contratista en ningún caso ha procedido conforme a la cláusula sexta del contrato la misma que nos refiere al artículo 41° de la Ley de Contrataciones del Estado y el artículo 175° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado que contempla el procedimiento para la Ampliación del plazo contractual.

46.6. Que, con el proceder del Contratista en la primera entrega de materiales de aseo, retraso injustificado en la prestación objeto del contrato, la SUNAT requirió al CONTRATISTA para el cumplimiento de la obligación, para ello cursó distintas comunicaciones (vía cartas notariales, correos electrónicos), luego de lo cual, ante la persistencia en el incumplimiento de la entrega e instalación de los dispensadores, mediante **Carta N° 47-2011-SUNAT/2P0100**, emitida por la Intendencia Regional Tacna y notificada

notarialmente con fecha 03/02/2011, comunicó a **KIMBERLY CLARK** que, ante su constante incumplimiento, al haberse superado el monto máximo de la penalidad por mora aplicable en la ejecución de la prestación a su cargo, se había decidido **RESOLVER EL CONTRATO** celebrado con la empresa **KIMBERLY CLARK SRL**, suscrito con fecha 30/11/2010, carta que, conforme a lo desarrollado en los considerandos pertinentes del presente laudo, al no observar los requisitos formales se declara su nulidad.

- 46.7. Que, si bien el acto por el que declara la resolución del contrato, deviene en nulo, por lo que la Contratista en su escrito de demanda solicita como Segunda Pretensión Principal: Que la SUNAT le pague por concepto de indemnización de daños y perjuicios por la Resolución del Contrato N° 028-2010-SUNAT/2P0000, el cual comprende el daño emergente y el lucro cesante, cuyo monto asciende a la suma de S/. 21,040.58 (veinte un mil cuarenta con 58/100 de nuevos soles) más los intereses correspondientes, hasta su efectiva cancelación, también es cierto que conforme al artículo 1331° del Código Civil, la prueba de los daños y perjuicios y de su cuantía también corresponde al perjudicado, por lo que quien tiene la carga de la prueba según este dispositivo es quien afirma que ha sido perjudicado, siendo que quien solicita una indemnización debe probarlo. Así y estando a lo indicado, queda claro, en primer término, que en el presente caso arbitral, quien tiene la carga de probar si se le provocó un daño por alguna inejecución contractual es el CONTRATISTA, sin embargo se desprende de su demanda que éste sólo la solicita más no así adjunta documentación pertinente que justifique este pedido por lo que se declara INFUNDADO.
- 46.8. Que, respecto de la devolución del monto de S/. 1,276.78 (mil doscientos setenta y seis con 78/100 de nuevos soles) correspondientes al concepto de penalidad que unilateralmente la demandada compenso y aplicó al pago de facturas, que es objeto de la tercera pretensión principal, se ha determinado que la misma (penalidad), en su formulación no ha cumplido con el Artículo 165° del Reglamento, en el sentido que debió aplicar la fórmula según lo indicado en esta norma, es decir considerando el monto del contrato vigente o de ser el caso del ítem que debió ejecutarse. Debiendo considerar para el cálculo los montos correspondiente al ítem: Papel Higiénico, ítem papel toalla, ítem jabón líquido y por dependencias no mezclando los ítems, aunado a ello, este Tribunal Arbitral considera que para el cálculo de las penalidades no debe considerarse la instalación de los dispensadores por ser a título gratuito y no se podría aplicar la fórmula. Asimismo, no se ha establecido en las bases ni en el Contrato N° 028-2010-SUNAT/2P0000, una penalidad para el incumplimiento del comodato que debía otorgar la Contratista, por lo que se ampara la solicitud contenida en la tercera pretensión principal de la demanda, en consecuencia se declara que Fundada la misma.
- 46.9. Que, las garantías se constituyen como un mecanismo de respaldo destinado a proteger, resarcir o asegurar el cumplimiento de obligaciones; por su naturaleza éstas sólo pueden

ser entregadas por el Contratista para asegurar el cumplimiento del objeto de la prestación (principal) del Contrato pues lo que se busca con ellas es proteger a la Entidad de posibles incumplimientos por parte del contratista. En el caso de las garantías de fiel cumplimiento, se ejecutan cuando la resolución del contrato por causa imputable al contratista ha quedado consentida o cuando por laudo arbitral consentido y ejecutoriado se declare procedente la decisión de resolver el contrato, por lo que en el presente caso al haberse concluido que Carta N° 47-2011-SUNAT/2P0100, emitida por la Intendencia Regional Tacna y notificada notarialmente con fecha 03/02/2011, con la que se comunicó a KIMBERLY CLARK la resolución del CONTRATO es nula (por los motivos ya desarrollados), corresponde a la SUNAT la devolución de la garantía de fiel cumplimiento del contrato constituida por la Carta Fianza REF N° 8610326003, del Citi Bank del Perú, por la suma de S/. 15,308.34.

**46.10.** Que, el comodato es una figura del derecho privado por la cual el comodante se obliga a entregar gratuitamente al comodatario un bien no consumible, para que lo use por cierto tiempo o para cierto fin y luego lo devuelva. Siendo así, en la ejecución contractual el Contratista ha entregado en comodato dispensadores a la Entidad para su uso, esta entrega se ha efectuado en mérito al Contrato 028-2010-SUNAT/2P0000 para el "Suministro de Materiales de Aseo para la Intendencia Regional de Tacna y Jurisdicción Administrativa", cuyas Bases Integradas (de la ADS – 007-2010-SUNAT/2P0000), estipuló que el Contratista debía comprometerse, en caso de obtener la Buena Pro a entregar en comodato los dispensadores (constituyéndose esta figura en una prestación complementaria al objeto del contrato), los mismos que deberían ser instalados, al inicio del contrato, en los lugares indicados por la SUNAT, más no así se fijó el plazo del mismo. En consecuencia, conforme al artículo 1737 del Código Civil que establece que cuando no se ha determinado la duración del contrato de comodato, el comodatario está obligado a restituir el bien cuando el comodante lo solicite, siendo aplicable consecuentemente lo dispuesto en el artículo 1744 del Código Civil, por lo que el comodatario (SUNAT) debe devolver los bienes dados en comodato, que aun tenga en su poder, al comodante (CONTRATISTA), en el lugar en que lo recibió.

**46.11.** Que, no existiendo pacto entre las partes respecto de los costos del arbitraje, como tampoco en otros documentos actuados en autos y apreciando que las Partes han actuado por la sucesiva cadena de confusiones recíprocas, e incertidumbre jurídica entre ellas, que les ha creado la convicción de estar actuando correctamente, además de observarse una conducta correcta, por las partes, durante el arbitraje; por lo que el Árbitro Único estima que es procedente el prorrateo de los gastos arbitrales comunes en partes iguales, los cuales en efecto ya han sido asumidos por cada parte en la proporción que les corresponde ( 50% - 50%); así como procedente que cada uno asuma sus propios gastos, tales como asesoría legal, viáticos, derechos notariales registrales, tasas pagadas al OSCE para designación de árbitro único y otros.

## **X. LAUDA:**

**Por las consideraciones que precedente, de conformidad con las disposiciones legales que han sido citadas y de acuerdo a los establecido en la Ley de Arbitraje, el Arbitro Único LAUDA DECLARANDO:**

**PRIMERO**.- **FUNDADA** la Primera Pretensión Principal de la demanda en consecuencia se **DECLARA** la nulidad de la Resolución del Contrato N° 028-2010-SUNAT/2P0000, dispuesta por la SUNAT mediante carta notarial Carta N° 47-2011-SUNAT/2P0100.

**SEGUNDO**.- **INFUNDADA** la Segunda Pretensión Principal: en consecuencia no procede que la SUNAT pague a KIMBERLY CLARK PERU SRL por concepto de indemnización de daños y perjuicios por la Resolución del Contrato N° 028-2010-SUNAT/2P0000, el cual comprende el daño emergente y el lucro cesante.

**TERCERO**.- **FUNDADA** la Tercera Pretensión Principal, por lo tanto se dispone que la SUNAT devuelva el del monto de S/. 1,276.78 (un mil doscientos setenta y seis con 78/100 de nuevos soles) correspondientes al concepto de penalidad que unilateralmente compensó y aplicó al pago de facturas.

**CUARTO**.- **FUNDADA** la Cuarta Pretensión Principal, en consecuencia se dispone la devolución de la garantía de fiel cumplimiento del contrato constituida por la Carta Fianza REF N° 8610326003, del Citi Bank del Perú, por la suma de S/. 15,308.34. disponiendo que la SUNAT asuma el costo financiero de dicha garantía hasta su devolución.

**QUINTO**.- **FUNDADA** la Quinta Pretensión Principal, por lo que se dispone la devolución de los dispensadores para materiales de aseo que la Contratista entregó en comodato a la SUNAT.

**SEXTO**.- **INFUNDADA** la Sexta Pretensión Principal, disponiendo que cada parte involucrada en el presente arbitraje, asuma el pago los costos que hayan efectuado en su defensa y que ambas partes asuman en partes iguales los costos comunes al arbitraje.



**VLADIMIR ZAVALA LIENDO**  
Arbitro Único



**SONIA DEL CARMEN LIENDO AYLLON**  
Secretaria Arbitral Ad-Hoc