

LAUDO DE DERECHO

Laudo de Derecho que, en la controversia surgida entre Full Textil E.I.R.L y Programa Nacional de Asistencia Solidaria Pensión 65, dicta el Tribunal Arbitral, doctores Katty Mendoza Murgado (Pdte.) Katty Freire Pinedo y Daniel Triveño Daza.

Número de Expediente de Instalación: I536-2013

Demandante: Full Textil E.I.R.L.

Demandado: Programa Nacional de Asistencia Solidaria Pensión 65

Contrato (Nº y objeto): Nº 022-2013-MIDIS/PENSION65

Monto del Contrato: S/. 731,500.00

Cuantía de la Controversia: S/. 1'237,113.91

Tipo y Número de Proceso de Selección: Concurso Público Nº 02-2013-P65

Árbitro Único o Presidente del Tribunal: Katty Mendoza Murgado

Árbitro designado por la Entidad: Daniel Triveño Daza

Árbitro designado por el Contratista: Katty Freire Pinedo

Secretaria arbitral: Arbitre Soluciones Arbitrales SRL

Monto de los honorarios del Tribunal Arbitral o Árbitro Único: S/. 43,671.00

Monto de los honorarios de la Secretaría Arbitral: S/. 11,068.00

Fecha de emisión del laudo: 29 de octubre de 2014

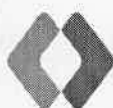
(Unanimidad/Mayoría): Mayoría

Nº de Folios: 74

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 (especificar).....





arbitre

soluciones arbitrales S.R.L.

ÍNDICE

| | | |
|-------|---|----|
| I. | CONVENIO ARBITRAL | 3 |
| II. | INSTALACION TRIBUNAL ARBITRAL..... | 3 |
| III. | NORMATIVIDAD PROCESAL APLICABLE AL PROCESO ARBITRAL. | 4 |
| IV. | DE LA DEMANDA ARBITRAL PRESENTADA POR FULL TEXTIL..... | 4 |
| V. | DE LA CONTESTACION DE DEMANDA DE PENSION65..... | 13 |
| VI. | AUDIENCIA DE CONCILIACIÓN Y FIJACIÓN DE PUNTOS CONTROVERTIDOS..... | 17 |
| VII. | ADMISIÓN DE MEDIOS PROBATORIOS | 18 |
| VIII. | ALEGATOS ESCRITOS Y AUD. DE INFORMES ORALES | 18 |
| IX. | PLAZO PARA LAUDAR | 19 |
| X. | CONSIDERANDOS: ANÁLISIS DE LA MATERIA CONTROVERTIDA. | 19 |
| XI. | LAUDO..... | 41 |
| XII. | VOTO SINGULAR..... | 43 |

Resolución N° 15

En Lima, a los 29 días del mes de octubre del año 2014, el Tribunal Arbitral luego de haber realizado las actuaciones arbitrales, de conformidad con la Ley y las normas establecidas por las partes, escuchado los argumentos sometidos y deliberado en torno a las pretensiones planteadas en la demanda y contestación de demanda, dicta el laudo siguiente para poner fin, por decisión de las partes, a la controversia planteada, según el encargo recibido:

I. CONVENIO ARBITRAL:

1. Con fecha 01.08.2013, la empresa **FULL TEXTIL E.I.R.L.** (en adelante el demandante o FULL TEXTIL) y el **PROGRAMA NACIONAL DE ASISTENCIA SOLIDARIA "PENSIÓN 65"** (en adelante el demandado o PENSION 65 o la Entidad) suscribieron el Contrato de Servicio N° 022-2013-MIDIS/PENSIÓN65 para la "*Servicio de Elaboración de Material de Publicidad (Merchandising) para el Programa Nacional de Asistencia Solidaria Pensión 65*". En dicho contrato las partes aceptaron la jurisdicción arbitral para conocer sus controversias, tal como se desprende del convenio arbitral insertado en la Décimo Sexta, que señala:

"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 de plazo de caducidad previsto en los artículos 144°, 170°, 175°, 177° y 179° del Reglamento o en su defecto en el artículo 52° de la Ley.

(...)

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

2. En tal sentido, las partes convinieron resolver las controversias derivadas del Contrato, mediante arbitraje de derecho resuelto por Tribunal Arbitral, y mediante arbitraje Ad-Hoc.

II. INSTALACIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL:

3. Con fecha 7 de noviembre de 2013, en la sede institucional del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado - OSCE, se

llevó a cabo la Audiencia de Instalación del Tribunal Arbitral, la cual contó con la asistencia de ambas partes, señalándose claramente que de conformidad con la Cláusula Décimo Sexta del contrato suscrito, el arbitraje será del tipo Ad-Hoc, nacional y de derecho.

4. En dicha Audiencia, los miembros del Tribunal Arbitral ratificaron haber sido designados conforme a ley y al convenio arbitral celebrado por las partes, reiterando no tener ninguna incompatibilidad para el cumplimiento del cargo, ni vínculo alguno con éstas, obligándose a desempeñar sus funciones con imparcialidad, independencia y probidad.

III. NORMATIVIDAD PROCESAL APLICABLE AL PROCESO ARBITRAL:

5. Conforme a lo establecido por las partes en el Acta de Instalación, son de aplicación al presente proceso, las reglas procesales contenidas en la Ley de Contrataciones – D.L. N° 1017 y modificada por Ley N° 29873, su Reglamento – D.S. 184-2008-EF, modificatorias y las Directivas que apruebe el OSCE para tal efecto. De igual modo, las normas contenidas en dicha acta en la medida no contravengan el marco legal señalado y, de manera supletoria el Decreto Legislativo N° 1071 – Decreto Legislativo que norma el Arbitraje.
6. Asimismo, en caso de vacío o deficiencia de las normas aplicables a las actuaciones arbitrales, el Tribunal Arbitral queda facultado para reglas adicionales, respetando el principio de legalidad y resguardando el derecho constitucional al debido proceso y al derecho de defensa.

IV. DE LA DEMANDA ARBITRAL PRESENTADA POR FULL TEXTIL:

7. Con Resolución N° 2 de fecha 22 de noviembre de 2013, se admitió a trámite la demanda arbitral presentada por FULL TEXTIL con fecha 21.11.2013, la misma que contenía las siguientes pretensiones:

"Primera Pretensión Principal:

Que, el Tribunal Arbitral declare la invalidez y/o ineficacia de la cláusula quinta del Contrato N° 022-2013-MIDIS/PENSIÓN65

Segunda Pretensión Principal:

Que, el Tribunal Arbitral declare la invalidez y/o ineficacia de la resolución del Contrato N° 022-2013-MIDIS/PENSIÓN65, efectuada por la ENTIDAD mediante la Carta Notarial N° 015-2013-MIDIS/P65-DE, de fecha 16 de agosto de 2013.

Tercera Pretensión Principal:

Que, el Tribunal Arbitral declare la invalidez y/o ineficacia de las penalidades aplicadas por LA ENTIDAD a FULL TEXTIL por supuesto retraso injustificado en la ejecución de la prestación objeto del Contrato N° 022-2013-MIDIS/PENSIÓN65.

Cuarta Pretensión Principal:

Que, el Tribunal ordene a la ENTIDAD la devolución de la Carta Fianza N° 010407734, por el monto de S/. 71,450.00 (setenta y un mil cuatrocientos cincuenta y 00/100 nuevos soles), presentada por FULL TEXTIL como garantía de fiel cumplimiento del Contrato N° 022-2013-MIDIS/PENSIÓN65.

Quinta Pretensión Principal:

Que, como consecuencia de la resolución contractual realizada por FULL TEXTIL mediante Carta s/n de fecha 27 de agosto de 2013, el Tribunal Arbitral ordene a la ENTIDAD indemnizar a FULL TEXTIL por los siguientes conceptos:

- *Por daño emergente, la suma de S/. 181,375.91 (ciento ochenta y un mil trescientos setenta y cinco con 91/100 nuevos soles), más los intereses que se devenguen hasta la fecha efectiva de pago.*
 - *Por lucro cesante, el Tribunal Arbitral deberá cuantificar el daño de acuerdo a su juicio y criterio".*
8. Como antecedentes de sus pretensiones, FULL TEXTIL señala que el 07.06.2013, la Entidad convocó en el SEACE, el proceso de selección dl C.P N° 02-2013-P65, para el "Servicio de Elaboración de Material de Publicidad (Merchandising) para el Programa Nacional de Asistencia Solidaria Pensión 65" por un valor referencial de S/. 731,500.00 nuevos soles.
9. Indica la demandante, que en el numeral 1.8., Cap. I, Condiciones Especiales del Proceso de Selección de las Bases Integradas, se estableció requerimiento técnico que los servicios materia de la convocatoria se prestarán en un periodo no mayor de veinte (20) días calendarios desde la suscripción del contrato. De igual modo, en el literal C, Cap. IV de las Condiciones Especiales del Proceso de Selección de las Bases Integradas se estableció que, de ofertarse mejoras al plazo establecido como requerimiento técnico mínimo se asignaría un puntaje adicional al postor, de acuerdo a lo siguiente:
- "Si la propuesta del postor ofreciera que el servicio sería prestado dentro del plazo de 01 a 10 días calendarios contados a partir del día siguiente de aprobada la muestra, se le asignarían 10 puntos adicionales en la evaluación".*
10. FULL TEXTIL manifiesta que presentó su propuesta técnica y económica comprometiéndose a realizar el servicio en el plazo de 10 días calendarios desde aprobada la muestra, resaltando que la ejecución de las prestaciones objeto del proceso de selección estaba supeditado a la aprobación de las muestras.

11. Indica la demandante que seguido el procedimiento, el 17.07.2013 la Entidad le otorgó la Buena Pro, por lo que el 01.08.2013 se suscribió el Contrato N° 022-2013-P65 por el monto de S/. 714,500.00 nuevos soles. Aquí, en la cláusula quinta del contrato, argumenta que la Entidad consignó unilateralmente un plazo para ejecutar la prestación diferente al previsto en la proforma del contrato (contenida en las Bases Integradas) y del que había sido ofertado en la propuesta técnica y económica, estableciéndose que la prestación debía realizarse en el plazo de diez (10) días calendario iniciados desde el 02.08.2013.
12. A criterio de FULL TEXTIL, la discordia con el plazo de ejecución, se acentuaba aún más si se realizaba una interpretación sistemática del contrato, pues las cláusulas sexta y octava señalaban que la ejecución de la prestación se debía realizar en observancia a las Bases Integradas y la oferta ganadora. Por tanto, a pesar de dicho contexto, señala la demandante que actuando de buena fe, remitió la carta s/n de 08.08.2013 en la cual comunicó que por circunstancias propias del abastecimiento del mercado y a pesar de no haberse iniciado el cómputo del plazo de ejecución de la prestación, solicitó una ampliación de plazo a fin de evitar posteriores controversias.
13. Posteriormente, según FULL TEXTIL remitió la carta s/n de 16.08.2013 en la cual advierte a la Entidad la discordancia que existía en el plazo contenido en la cláusula quinta del contrato, la proforma del contrato y la oferta ganadora, por lo que resultaba necesario la suscripción de una adenda que modificara dicha cláusula, con el objeto de reflejar el plazo consignado en la oferta ganadora y que se debía establecer el procedimiento de aprobación de muestras que determinen el inicio de la ejecución contractual.
14. Señala la demandante que la Entidad le cursó la Carta N° 015-2013-MIDIS/P65-DE recibida el día 16.08.2013, en la cual decide resolver el contrato puesto que se excedido el monto máximo de penalidades, 10% del monto total del contrato. Ante ello, remitió la carta s/n de 21.08.2013 en la cual reiteró la necesidad de suscribir la adenda que modifique la cláusula quinta, y fije el procedimiento de aprobación de muestra, bajo apercibimiento de resolver el contrato. Finalmente, con Carta Notarial s/n de 27.08.2013 indica FULL TEXTIL que ante la

negativa de la Entidad resolvió el contrato, por incumplimiento de las obligaciones de su contraparte.

15. Respecto a su primera pretensión principal, señala FULL TEXTIL que existe una discordia respecto al plazo establecido para ejecutar las prestaciones, entre la cláusula quinta del contrato, la cláusula quinta de la proforma del contrato, y la oferta ganadora. Así, indica que participó en el CP N° 02-2013-P65 asumiendo que los términos y condiciones establecidos en las Bases Integradas serían las reglas que posteriormente se observaría para suscribir el contrato, por tanto no resultaría posible que luego de adjudicada la buena pro se modifique las reglas del juego, la cual no es procedente de acuerdo a la Ley de Contrataciones y su Reglamento.
16. FULL TEXTIL sustenta su posición en el hecho que las Bases Integradas establecieron como requerimiento técnico mínimo que los servicios materia de la convocatoria se prestaran en un periodo no mayor de veinte días calendario, iniciándose el cómputo de dicho plazo al día siguiente d la suscripción del contrato. Adicionalmente, en otro capítulo de las Bases Integradas se señaló que: *"Si la propuesta del postor ofreciera que el servicio sería prestado dentro del plazo de 01 a 10 días calendarios contados a partir del día siguiente de aprobada la muestra, se le asignarían 10 puntos adicionales en la evaluación"*.
17. En tal contexto, indica la demandante que participó en el CP, comprometiéndose en su Propuesta Técnica y Económica a realizar el servicio en el plazo de 10 días calendario a partir de la aprobación de la muestra y que con dicha oferta se le otorgó la buena pro. Por tanto, resulta evidente la discordia entre el plazo de la cláusula quinta, que señala que el plazo inicia desde el 02.08.2013 y del proceso de selección que establece que el plazo estaría supeditado a la aprobación de las muestras por parte de la Entidad.
18. Considera la demandante que existiendo contradicción entre las partes integrantes del contrato, y en vista que el plazo contenido en la oferta ganadora es el que finalmente motivó la adjudicación de la buena pro, es éste plazo el que debe ser consignado en la cláusula quinta del contrato; por lo que, el Tribunal Arbitral declare la invalidez y/o ineficacia de la citada cláusula por ser contraria a derecho.

19. Como fundamentos de derecho de su pretensión, indica FULL TEXTIL que de acuerdo a la Opinión N° 030-2011/DTN se concluye que con posterioridad a la integración de las Bases, no es posible que la Entidad modifique las condiciones establecidas e inserte nuevas reglas para la firma del contrato.
20. De igual modo, agrega que la Entidad al establecer unilateralmente la cláusula quinta del contrato, contraviene al artículo 142 del Reglamento y la cláusula sexta del propio contrato, por lo que corresponde que se declare su invalidez y/o ineficacia.
21. Sobre la segunda pretensión de la demanda relacionada a la resolución del contrato efectuada por la Entidad, indica la demandante que con Carta N° 015-2013-MIDIS/P65-DE de 16.08.2013 PENSION 65 le resolvió el contrato, amparándose en:
- Que el plazo para ejecutar las prestaciones era de (10) diez días, computados desde el 02.08.2013 y finalizaba el 11.08.2013.
 - Que, al no haber ejecutado las prestaciones a su cargo dentro del plazo contractual, corresponde aplicar la penalidad por cada día de atraso hasta por el 10% del monto del contrato. Dicha penalidad diaria, de acuerdo a la fórmula establecida en la cláusula segunda del contrato, ascendente a S/. 17,862.50.
 - Que, el 10% del monto contractual equivalía a S/. 71,450.00 la cual se alcanzaba en 4 días calendario, y debido a que existió un incumplimiento por más de dicho plazo, se había superado el 10% del contrato configurándose una causal de resolución contractual.
22. FULL TEXTIL rebate dichos hechos, reiterando que el plazo para ejecutar las prestaciones debía contabilizarse desde la aprobación de las muestras y estando a que dicha aprobación no se había dado, la Entidad no podía aplicarle las penalidades por un retraso injustificado en sus obligaciones puesto que el plazo para ejecutar la prestación no se había iniciado, con lo cual se configura la ineficacia y/o invalidez de la Carta Notarial N° 015-2013-MIDIS/P65-DE.
23. Agrega, que en el supuesto negado el Tribunal no acoja su tesis, se debe tener en consideración que la resolución contractual efectuada por la Entidad no se ajusta a derecho, puesto que la cara resolutoria se

realizó a los tres (03) días calendario del presunto término final del plazo contractual; de esa manera, no se había excedido el 10% del monto contractual. En otras palabras, PENSIÓN 65 no observó el procedimiento establecido en la LCE y el Reglamento para resolver el contrato, debido a que para alcanzar el monto máximo de penalidad debían transcurrir cuando menos cinco (05) días calendario.

24. Abunda en su posición, indicando que el término del presunto plazo para ejecutar las prestaciones era el 12.08.2013 y no el 11.08.2013, puesto que de acuerdo al artículo 183 del Código Civil, el plazo excluye el día inicial e incluye el día de vencimiento. Por tanto, no es correcto lo afirmado por la Entidad que cuenta el plazo desde el día 02.08.2013 hasta el 11.08.2013, por lo que las penalidades se podían aplicar a partir del día 13.08.2013.
25. De igual modo, señala FULL TEXTIL que la Carta Notarial N° 015-2013-MIDIS/P65-DE fue presentada el día 16.08.2013, esto es, contaba dicho día como penalizado, aun cuando no había transcurrido en su totalidad, y con lo cual hubiesen podido cumplir con la prestación.
26. Considera la demandante, que la penalidad no habría superado el 10% del monto contractual, por lo que al igualarla, más no sobrepasarla, no se cumplió con la procedencia de resolución contenida en el contrato y el Reglamento, por lo que dicha resolución debe ser declarada ineficaz y/o inválida.
27. Como fundamentos de derecho, reitera FULL TEXTIL que se encontraba obligada a cumplir sus prestaciones de acuerdo a lo expresado en las Bases Integradas y la oferta ganadora, conforme a la Cláusula Octava del Contrato. Por lo que al no haberse realizado la aprobación de muestras, no se encontraba obligado a cumplir con las prestaciones contractuales, siendo improcedente la aplicación de penalidad por retraso en ejecución.
28. Agrega, que el Tribunal Arbitral deberá tener en cuenta que de acuerdo a los artículos 165° y 168° del Reglamento, y en las cláusulas, Décimo Segunda y Décimo Tercera del Contrato, la Entidad puede aplicar penalidades hasta por un monto máximo de 10% del monto del contrato vigente por retraso injustificado en las prestaciones.

Únicamente si se excediera este porcentaje, PENSIÓN 65 estaría facultada a resolver el contrato. En virtud de ello, solicita la invalidez y/o ineficacia de la resolución.

29. Respecto a la tercera pretensión principal de la demanda, FULL TEXTIL nuevamente reitera que el plazo de inicio de ejecución estaba supeditado a la aprobación de muestras, por lo que indica que no es procedente la aplicación de penalidades, conforme a la cláusula décimo segunda del contrato, por lo que solicita se declaren las mismas inválidas y/o ineficaces.
30. De igual modo, sobre la cuarta pretensión principal, la demandante argumenta que debido a la negativa de la Entidad a fijar un procedimiento de aprobación de las muestras, mediante carta notarial s/n de 27.08.2013 comunicó a la Entidad su decisión de resolver el Contrato. Así, indica que la Entidad no ha cuestionado dicha resolución, de acuerdo a los procedimientos establecidos en la Ley de Contrataciones y el Reglamento, por lo que sus efectos son plenamente válidos y eficaces.
31. Por consiguiente, debido a que el Contrato ha quedado resuelto por causal atribuible a la Entidad, solicita se le ordene a PENSIÓN 65 la devolución de la Carta Fianza N° 010407734 000, por el monto de S/. 71,450.00 nuevos soles emitida por el Banco Scotiabank como garantía de fiel cumplimiento.
32. Sustenta sus argumentos, señalando que de acuerdo al artículo 170° del Reglamento, la Entidad contaba con un plazo de 15 días hábiles para someter la resolución contractual a arbitraje y/o conciliación, siendo que transcurrido dicho plazo la resolución queda consentida. Agrega que de acuerdo al artículo 52° de la Ley de Contrataciones este plazo es de caducidad. Por ello, reitera que se le debe hacer devolución de la Carta Fianza N° 010407734 000.
33. En relación a la quinta pretensión principal de la demanda, FULL TEXTIL señala que la resolución de contrato le ha generado diversos daños, resumiéndose en lo siguiente: **i)** pérdida pecuniaria generada por la compra de materiales y otros egresos realizados para la ejecución del servicio contratado; **ii)** intereses pagados a sus

acreedores bancarios por los préstamos adquiridos para ejecutar las prestaciones del contrato; **iii)** daño causado a la imagen empresarial y; **iv)** ganancias netas que no obtendría por el servicio prestado en virtud del contrato.

34. Sobre las pérdidas pecuniarias generadas por la compra de materiales y otros egresos realizados para la ejecución del servicio contratado, indica la demandante que realizó la compra de algodón, telas, globos y otros materiales necesarios; que a pesar de no haberse aprobado las muestras, existían materiales que debían ser utilizados en la confección de los bienes a entregar.
35. FULL TEXTIL cuantifica su egreso por la suma de S/. 123,815.12 nuevos soles, para lo cual señala una serie de facturas que sustentan dichos gastos. Agrega, que los materiales adquiridos no son útiles para una futura transacción comercial, por lo que significan una inversión en vano para la empresa.
36. Agrega, que para cumplir con la prestación, había celebrado un contrato de arrendamiento, a fin de almacenar los productos adquiridos, con doña Eudomilia Esteban Gaspar por el plazo de 02 meses, y un total de S/. 7,000.00 nuevos soles. Por tanto, considera como egreso efectuado la suma total de S/. 130,815.12 nuevos soles.
37. Por otro lado, sobre los intereses y cargos con los acreedores por los préstamos adquiridos, indica FULL TEXTIL que para cumplir con las prestaciones adquirió préstamos con diversas entidades financieras y cuyo interés en conjunto suma un total de S/. 49,471.18 nuevos soles, por lo que considera que la Entidad asuma dicho pago. De igual modo, indica que por mantenimiento y renovación de la Carta Fianza N° 010407734 000, el Scotiabank ha cobrado un monto de S/. 1,089.61.
38. En tal sentido, para la demandante se encuentra debidamente acreditado el daño emergente a raíz de la resolución de contrato, así, corresponde que la Entidad le indemnice por el monto de S/. 181,375.91 nuevos soles.

39. Respecto al lucro cesante, indica FULL TEXTIL que el daño causado a la imagen de la empresa a raíz de la resolución de contrato, le ha impedido el cumplimiento de una serie de compromisos previamente pactados con sus proveedores, hechos que han mermado su imagen empresarial para futuras transacciones comerciales. Ello quedaría acreditado con la carta s/n de 07.10.2013 remitida por Textil Hoyer S.A.C. y con la Orden de Compra N° OC158-2013 de la empresa LAGARTO S.A.C, que no pudo cumplir en virtud de lo expuesto. Agrega que su imagen se verá afectada en la participación de futuros concursos públicos.
40. Adiciona que, se le efectuó un daño respecto a las ganancias dejadas de obtener por ejecutar la prestación, la cual señala que le dejaría una ganancia neta, según sus proyecciones, por el monto de S/. 181,338.00 nuevos soles, ganancias que ya no serán percibidas debido a la resolución contractual por el incumplimiento de las obligaciones de la Entidad.
41. Como fundamento de hecho de su pretensión, indica que de acuerdo al artículo 170 del Reglamento, se le deberá reconocer la respectiva indemnización por los daños y perjuicios irrogados. De igual modo desarrolla la tesis de la responsabilidad civil contractual, recogida en el artículo 1321 del Código Civil, configurándose para ella los presupuestos establecidos en la doctrina, por lo que corresponde que la Entidad le indemnice por los daños causados a raíz de la resolución contractual.
42. Finalmente, sobre la sexta pretensión FULL TEXTIL solicita al Tribunal Arbitral se condene a la Entidad a los costos y costas del presente arbitraje, como consecuencia del incumplimiento de PENSIÓN 65 de sus obligaciones contractuales y motivo por el cual se vio obligado a resolver el contrato.

V. DE LA CONTESTACIÓN DE DEMANDA DE PENSIÓN 65:

43. Mediante Resolución N° 3 de fecha 16 de noviembre de 2013, se tuvo por presentada la contestación de demanda y por ofrecidos los medios probatorios de PENSIÓN 65, los mismos que fueron puestos en conocimiento de su contraparte.

44. Respecto a la primera pretensión de la demanda, la Entidad sostiene que respecto a la discrepancia entre las Bases y el Contrato, la primera de ellas contiene la proforma del contrato, lo cual no es el contrato definitivo por el cual se obligan las partes. Agrega que en cualquiera de los dos supuestos, FULL TEXTIL no cumplió con sus obligaciones, tal como se desprende de la carta s/n de 08.08.2013, en la cual solicita una ampliación de plazo por no contar con los insumos necesarios para iniciar la producción.
45. De igual modo señala que los requerimientos técnicos mínimos, los términos de referencia y las mejoras en el plazo de ejecución de la prestación resultan siendo conceptos distintos que no necesariamente deben coincidir, concluyendo que el plazo de aprobación de la muestra debió realizarse a más tardar el 02.08.2013, que es el computo del plazo de ejecución de la prestación, y que no se hizo por responsabilidad de la empresa. Asimismo, indica la Entidad que el plazo de 10 días calendario han sido recogidos en el contrato suscrito por las partes el mismo que empieza desde el 02.08.2013.
46. Resalta la Entidad, que claramente el plazo de 10 días ha sido determinado en el Contrato, por lo que no se justifica el incumplimiento del demandante bajo los argumentos que sustentan su primera, segunda y tercera pretensión por lo que resulta infundada la pretensión vinculada a la invalidez y/o ineficacia de la Cláusula Quinta del Contrato.
47. Con relación a la cuarta pretensión principal, señala la Entidad que la carta fianza es la garantía ofrecida por el contratista a efectos de ser ejecutada en caso del incumplimiento de su obligación, tal como establece el artículo 163 del Reglamento. Por tanto, la Carta Fianza no puede ser entregada por cuanto al haber un incumplimiento y penalidades generadas de conformidad con el artículo 165 del Reglamento, es que dicha Carta Fianza debe quedar en garantía hasta la dilucidación de la presente controversia.
48. Indica la demandada, que al haberse quedado resuelto el contrato por causas atribuibles única y exclusivamente a la demandante, trajo como consecuencia la aplicación de penalidades como consecuencia de no

haber entregado los bienes dentro del plazo, amparándose en lo señalado en el artículo 170 del Reglamento, motivos por los cuales solicita se declare infundada la presente pretensión.

49. Sobre la quinta pretensión de la demanda, respecto al daño emergente, PENSIÓN 65 indica que la demandante al momento de participación en el proceso de selección del CP N° 02-2013-P65, con la finalidad de obtener mayor puntaje ofreció entregar los bienes dentro del plazo de 10 días, lo cual era aceptado por las Bases dentro de los criterios de evaluación, por lo que FULL TEXTIL conocía de los bienes que la Entidad quería adquirir y el plazo a ejecutar la prestación, es por ello que mediante declaración jurada de plazo de prestación de servicio (Anexo N° 05) la parte demandante se compromete a prestar el servicio en 10 días calendarios.
50. Por consiguiente, la Entidad concluye que era claro que los gastos en las que incurrió la demandante eran propios de su actividad, más aún no ha determinado que dichos gastos están relacionados con la prestación del servicio, de igual modo señala que el arriendo del local no puede ser atribuible a la Entidad, dado que los proveedores deben tener la infraestructura necesaria para brindar el servicio no solo a la Entidad sino a la serie de clientes que esta empresa pueda tener.
51. Con relación a los préstamos adquiridos por FULL TEXTIL, PENSIÓN 65 argumenta que éstos no pueden ser atribuibles a la Entidad debido a que considera que no existe un sustento válido que pueda demostrar el menoscabo que supuestamente la Entidad le ha generado al contratista. Agrega que, respecto a los intereses, mal podrían reconocerlos sobre una obligación que nunca se cumplió por parte de la empresa contratista.
52. Por otro lado, en relación a la imagen empresarial, indica que la misma se construye a través del cumplimiento de sus obligaciones, por lo que no se le puede atribuir la responsabilidad de un incumplimiento a los clientes, dado que el compromiso que asume el proveedor no solo es la entrega de los bienes, sino la seriedad con la que actúa frente a los clientes, por lo que el manejo y dirección de una empresa es única y entera responsabilidad de sus representantes, agregando que el daño reclamado se encuentra dentro del ámbito de la responsabilidad civil extracontractual.

53. Así, señala la Entidad que queda sujeto a indemnización por daños y perjuicios quien no ejecuta sus obligaciones por dolo, culpa inexcusable o culpa leve, por lo que dado que el contratista no ejecutó con las prestaciones a su cargo, es que le corresponde indemnizar a la Entidad, como consecuencia de la resolución del contrato.
54. Respecto al lucro cesante, PENSION 65 manifiesta que si bien es cierto tanto la Entidad como FULL TEXTIL esperaban la obtención de algo a cambio como lo eran la entrega de bienes y el pago correspondiente, respectivamente, éste no se ha podido dar por culpa inexcusable de la demandante al no haber cumplido con la entrega de dichos bienes dentro del plazo establecido, lo que originó que se incurra en la aplicación de la penalidad por el máximo de la mora que ha generado un perjuicio para la Entidad.
55. En tal sentido, indica que las ganancias proyectadas estarán en función del cumplimiento de la obligación a la cual el proveedor se compromete, sin este cumplimiento no es posible que se genere ningún tipo de ganancia y mucho menos daño.
56. Por otro lado, sobre la relación de causalidad, PENSIÓN 65 señala que la demandante no ha cumplido con señalar o describir la relación que debería existir entre el caso que nos ocupa y el negado daño irrogado.
57. De igual modo, sobre el dolo manifiesta que no existía ningún tipo de procedimiento para la aprobación de la muestra; el contrato establecía claramente desde cuando empezaba el plazo para la ejecución de la prestación, por lo que no existiría ninguna actitud dolosa por parte de la Entidad.
58. Sobre la antijuricidad, para la demandante se advierte que la FULL TEXTIL no ha señalado con claridad cuál es la conducta antijurídica de la demandada que habría dado origen a la pretendida indemnización y de haber existido dicha conducta, en qué consistió. Tampoco ha precisado en cuál de los supuestos contemplados en el artículo 1321 del Código Civil se encontrarían.

59. En relación al daño causado sostiene la Entidad que en el presente caso, FULL TEXTIL no ha cumplido con señalar en forma pormenorizada en qué consistió el presunto daño causado ni ha adjuntado prueba alguna que genere la certeza respecto al supuesto daño. Por tanto, solicita se declare infundada la pretensión.

VI. AUDIENCIA DE CONCILIACIÓN Y DETERMINACIÓN DE PUNTOS CONTROVERTIDOS:

60. A través de la Resolución N° 5 de fecha 10 de febrero de 2014, se procedió a citar a las partes para Audiencia de Fijación de Puntos Controvertidos para el día 25 de febrero de 2014 a las 17.30 horas en la sede del Tribunal Arbitral.
61. En dicha fecha se llevó a cabo la Audiencia, acto en que se fijaron los puntos que son materia de pronunciamiento por parte Tribunal Arbitral, conforme a lo siguiente:

Determinar si corresponde o no se declare la invalidez y/o ineficacia de la cláusula quinta del Contrato N° 022-2013-MIDIS/PENSIÓN65.

Determinar si corresponde o no se declare la invalidez y/o ineficacia de la resolución del Contrato N° 022-2013MIDIS/PENSIÓN65, efectuada por la Entidad mediante la carta notarial N° 015-2013-MIDIS/P65-DE de fecha 16 de agosto del 2013.

Determinar si corresponde o no declare la invalidez y/o ineficacia de las penalidades aplicadas por la Entidad por supuesto retraso injustificado en la ejecución de la prestación objeto del Contrato N° 022-2013MIDIS/PENSIÓN65.

Determinar si corresponde o no se ordene a la Entidad la devolución de la carta fianza N° 010407734, por el monto de S/.71,450.00 al Contratista presentada como garantía fiel de cumplimiento del contrato.

Determinar si corresponde o no se ordene a la Entidad, como consecuencia de la resolución contractual realizada por el Contratista mediante carta s/n de fecha 27 de agosto del 2013, indemnice con S/.181.375.91 al Contratista por el daño emergente más los intereses que se devenguen hasta la fecha de pago.

Determinar si corresponde o no se ordene a la Entidad, como consecuencia de la resolución contractual realizada por el Contratista mediante carta s/n de fecha 27 de agosto del 2013, indemnice por lucro cesante y de ser este el caso cuantifique el monto del mismo.

Determinar qué parte y en qué proporción les corresponde asumir los costos arbitrales

62. Finalmente, las partes asistentes y el Tribunal Arbitral firmaron la respectiva acta en señal de conformidad.

VII. ADMISIÓN DE MEDIOS PROBATORIOS:

63. Respecto a la admisión de medios probatorios, conforme al Acta de la Audiencia de Conciliación y Fijación de Puntos Controvertidos, se admitieron los siguientes:

Por parte de FULL TEXTIL: Se admitieron las fotocopias de los documentos ofrecidos por Full Textil que constan descritos en los numerales del 1al 17 del acápite "IX Medios Probatorios" y adjuntados como anexos desde el numeral 1-D al 1-T de su escrito de demanda del 21 de noviembre de 2013.

- Por parte de PENSIÓN 65: Se admitieron los documentos ofrecidos por PENSION65 descritos en los numerales del 4.1 al 4.7 del acápite "IV Medios Probatorios" de su escrito de contestación de demanda del 12 de diciembre del 2013, los cuales fueron adjuntados por Full Textil en su escrito de demanda.

VIII. ALEGATOS ESCRITOS Y AUDIENCIA DE INFORMES ORALES:

64. No encontrándose medios probatorios pendientes de actuación y en atención al estado del proceso, el Tribunal Arbitral emitió la Resolución N° 8 de fecha 14 de marzo de 2014, en la cual se prescindió de audiencia de pruebas, se tuvo por concluida la etapa probatoria, se otorgó a las partes el plazo de cinco (05) días hábiles para que presenten sus alegatos y soliciten de considerarlo el uso de la palabra

y se citó a las partes a la respectiva Audiencia de Informes Orales a realizarse el miércoles 2 de abril de 2014 a las 10:00 horas.

65. En ese contexto, con fecha 24.03.2014, FULL TEXTIL y PENSIÓN 65 presentaron sus escritos de alegatos, por lo que mediante Resolución N° 9, contenida en el Acta de la Audiencia de Informes Orales, el Tribunal Arbitral tuvo presente los alegatos presentados por ambas partes. Luego de lo cual dio inicio a la Audiencia de Informes Orales, con la asistencia de ambas partes y sus representantes, así como los miembros del Tribunal Arbitral.
66. En dicho acto, las partes tuvieron espacios de tiempo a fin de que expongan sus conclusiones finales respecto al tema controvertido, a lo cual el Tribunal Arbitral realizó las preguntas pertinentes, culminando dicha diligencia con la firma del acta respectiva.
67. Mediante Resolución N° 12 de fecha 17 de junio de 2014, se admitió de oficio la copia de la Orden de Servicio N° 550-2013 de fecha 2 de agosto de 2013 como medio probatorio.

IX. PLAZO PARA LAUDAR:

68. Mediante Resolución N° 13 de fecha 4 de agosto de 2014 se declaró el cierre de la instrucción y se estableció en 30 días hábiles, contados a partir de notificada dicha resolución, el cual podría ser prorrogado por un plazo similar.
69. Mediante Resolución N° 14 de fecha 11 de setiembre de 2014 se prorrogó en 30 días hábiles el plazo para laudar, por lo que éste vence indefectiblemente el 30 de octubre de 2014.

X. CONSIDERANDOS: ANÁLISIS DE LA MATERIA CONTROVERTIDA

70. Antes de entrar a analizar las materias controvertidas, corresponde confirmar lo siguiente:
- Que, el Tribunal Arbitral fue designado de conformidad con el convenio arbitral contenido en el contrato, no habiéndose presentado alguna disconformidad respecto de la conformación del mismo.

- Que, FULL TEXTIL presentó su demanda dentro de los plazos dispuestos en el Acta de Instalación.
- Que, PENSIÓN 65 fue debidamente emplazado con la demanda, la cual contestó dentro del plazo otorgado.
- Que, en momento alguno se ha cuestionado la afectación del derecho de defensa por alguna de las partes en este proceso.
- Que, el Tribunal Arbitral ha procedido a laudar dentro de los plazos dispuestos en el presente arbitraje.

71. De otro lado, el Tribunal Arbitral deja constancia que en el estudio, análisis del presente arbitraje se han tenido en cuenta todos los argumentos y las alegaciones efectuadas por las partes, así como todos los medios probatorios aportados, haciendo un análisis y una valoración en conjunto de los mismos, de manera que la no referencia a un argumento o a una prueba no supone que no haya sido tomado en cuenta para su decisión.

❖ **NORMA APLICABLE AL FONDO DE LA CONTROVERSIDA:**

72. De igual modo, con el propósito de atender cada una de las pretensiones de presente arbitraje, este Tribunal Arbitral considera pertinente referirse previamente al marco legal aplicable a las controversias puestas a nuestro conocimiento.

73. En ese contexto, siendo un contrato celebrado con el Estado, y atendiendo a la fecha de convocatoria y suscripción del contrato materia de análisis, el marco legal aplicable resulta siendo la Ley de Contrataciones del Estado aprobado mediante Decreto Legislativo N° 1017 modificado por la Ley N° 29873, su Reglamento aprobado mediante Decreto Supremo N° 184-2008-EF, modificado por Decreto Supremo N° 138-2012-EF, las normas de derecho público aplicable y de manera supletoria las de derecho privado, en ese orden de preferencia, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 52 de la Ley.

74. Por consiguiente, el Colegiado debe precisar que en el desarrollo del laudo arbitral, cuando se mencione la Ley y el Reglamento se hace referencia a la Ley de Contrataciones de Estado y su Reglamento.

❖ **ANÁLISIS DEL PRIMER PUNTO CONTROVERTIDO: "Determinar si corresponde o no que el Tribunal Arbitral declare la invalidez y/o ineficacia de la cláusula quinta del Contrato N° 022-2013-MIDIS/PENSIÓN65".**

75. Respecto a la presente pretensión es de apreciar que FULL TEXTIL solicita la invalidez y/o ineficacia de la cláusula quinta del contrato, para lo cual como principales argumentos sostiene lo siguiente:

- Que, existe una discordia del plazo establecido para ejecutar las prestaciones, entre la cláusula quinta del contrato, la cláusula quinta de la proforma del contrato, las Bases Integradas y la oferta ganadora.
- Que, las bases integradas establecieron como requerimiento técnico mínimo que los servicios se prestarían en un periodo no mayor de veinte días calendario, iniciándose el cómputo de dicho plazo al día siguiente de la suscripción del contrato. Adicionalmente, en otro capítulo de las Bases Integradas se señaló que: *"Si la propuesta del postor ofreciera que el servicio sería prestado dentro del plazo de 01 a 10 días calendarios contados a partir del día siguiente de aprobada la muestra, se le asignarían 10 puntos adicionales en la evaluación"*, presentando en su propuesta técnica y económica el plazo de 10 días calendario a partir de la aprobación de la muestra.
- Que, existe una contradicción entre las partes integrantes del contrato, y en vista que el plazo contenido en la oferta ganadora es el que finalmente motivó la adjudicación de la buena pro, este plazo de inicio del servicio es el que prevalece computándose desde aprobada la muestra.

76. Por su parte PENSIÓN 65 ha rebatido dichos argumentos, teniendo como principales argumentos los siguientes:

- La Entidad sostiene respecto a la discrepancia entre las Bases y el contrato, la primera de ellas contiene la proforma del contrato, lo cual no es el contrato definitivo por el cual se obligan las partes. Agrega que en cualquiera de los dos supuestos, FULL TEXTIL no cumplió con sus obligaciones, tal como se desprende de la carta s/n de 08.08.2013, en la cual solicita una ampliación de plazo por no contar con los insumos necesarios para iniciar la producción.
- Que, los requerimientos técnicos mínimos, los términos de referencia y las mejoras en el plazo de ejecución de la prestación resultan siendo conceptos distintos que no necesariamente deben coincidir, concluyendo que el plazo de aprobación de la muestra debió realizarse a más tardar el 02.08.2013, que es el computo del plazo de ejecución de la prestación, y que no se hizo por responsabilidad de la empresa, plazo que culminaba el día 11.08.2013.

77. En ese sentido, el Tribunal Arbitral puede advertir que en primera instancia, a fin de determinar la invalidez y/o ineficacia o no de la Cláusula Quinta del Contrato, se debe analizar si se configura alguna de las causales de nulidad del acto administrativo –en esta ocasión cláusula del Contrato- estipuladas en el artículo 10 de la Ley de Procedimiento Administrativo General. Para dicho efecto se analizará el contenido de la Cláusula Quinta del Contrato frente a lo que dispone la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento.

78. Al respecto, la Entidad sostiene que el plazo de ejecución del servicio es el fijado contractualmente, posición con la que coincide este Colegiado, en la medida que cualquier referencia al Contrato, tenga en consideración que éste se compone del documento suscrito por las partes y sus documentos integrantes. Así, se aprecia que efectivamente existen diversos documentos (entre ellos las Bases Integradas, los TdR y la oferta ganadora) que se encuentran integrados al Contrato¹ en virtud de su Cláusula Sexta y que este Tribunal debe tener en consideración para la resolución de la presente controversia.

¹ **"CLAUSULA SEXTA: PARTES INTEGRANTES DEL CONTRATO:**

*El presente contrato está conformado por las **Bases Integradas, la oferta ganadora y los documentos derivados del proceso de selección** que establecen obligaciones para las partes". (subrayado y resaltado del Tribunal)*

79. Al respecto, este Colegiado tiene en consideración que el pacto contractual contenido en la referida Cláusula Sexta del contrato es perfectamente válido puesto que se encuentra en concordancia con lo dispuesto por el artículo 35 de la Ley de Contrataciones del Estado y el artículo 142 del Reglamento de la Ley de Contrataciones, los cuales señalan que:

"artículo 35.- Del contrato

El contrato deberá celebrarse por escrito y **se ajustará a la proforma incluida en las Bases con las modificaciones aprobadas por la Entidad durante el proceso de selección.** El Reglamento señalará los casos en que el contrato puede formalizarse con una orden de compra o servicio, no debiendo necesariamente en estos casos incorporarse las cláusulas a que se hace referencia en el artículo 40 de la presente norma, sin perjuicio de su aplicación legal.

(...).(subrayado y resaltado es nuestro)"

"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". (subrayado y resaltado es nuestro)

80. En tal sentido, no cabe duda que de acuerdo a la Ley, no solo las partes se obligan respecto al contenido del Contrato suscrito por éstas, sino que también los documentos derivados en el proceso de selección crean obligaciones de estricto cumplimiento entre ellas, más aún, si se ha pactado que el contratista debe actuar en estricto cumplimiento a las bases del concurso público y de su propuesta técnica y económica,

conforme se ha previsto en la Cláusula Octava² del Contrato, indicándose que dichos documentos son partes integrantes del contrato.

81. Así las cosas, el Tribunal aprecia que en el presente caso, han existido plazos distintos respecto al inicio y ejecución del servicio, en cada documento que integra al Contrato y la Cláusula Quinta del mismo, los cuales han desembocado en la presente controversia. Se puede advertir los siguientes plazos de inicio y ejecución del servicio, conforme a lo siguiente:

• **Bases Integradas:**

- En el numeral 3.2 del Capítulo III de las Disposiciones Comunes del Proceso de Selección en las Bases Integradas, se puede apreciar que **el plazo del servicio entra en vigencia desde el día siguiente de la suscripción del contrato.**
- En el numeral 1.8. de Capítulo I de las Condiciones Especiales de Proceso de Selección, **se tiene que el plazo de prestación del servicio se realizará por un periodo no mayor de 20 días calendario, iniciándose desde la suscripción del contrato.**
- En el literal C) del Capítulo IV de las Condiciones Especiales de Proceso de Selección, se indicó que se **asignaría un puntaje de 10 a los postores que cumplan con el servicio de 01 a 10 días calendarios contados a partir del día siguiente de aprobada la muestra** (y que es parte de la oferta ganadora de FULL TEXTIL).
- En la proforma del contrato, se observa que **la cláusula quinta se redactó en forma que el plazo del servicio se realizaría en 20 días calendarios, desde el día siguiente de la suscripción del contrato.**

• **Términos de Referencia (TdR):**

² **"CLÁUSULA OCTAVA: OBLIGACIONES DE EL CONTRATISTA:**

EL CONTRATISTA se obliga a cumplir con el objeto materia del presente contrato, con estricta sujeción a las bases del Concurso Público N° 02-2013-P65 y a las condiciones generales de su Propuesta Técnica y Económica, que forma parte integrante del contrato (...)"

- En los TdR se estableció que el plazo del servicio tendría **una duración no mayor de 20 días calendario a partir de la recepción de la orden de servicio.**

- **Oferta Ganadora**

- En la Declaración Jurada de Plazo de Prestación del Servicio, FULL TEXTIL se comprometió a prestar el servicio **en el plazo de 10 días calendario contados a partir del día siguiente de aprobada la muestra.**

- **En el contrato:**

- En la Cláusula Quinta del Contrato suscrito, se determinó que el plazo de ejecución de la prestación **se realizaría en el plazo de 10 días calendario, que se iniciaría desde el 02.08.2013.**

82. Por consiguiente, además de existir disposiciones distintas respecto al inicio y plazo de ejecución del servicio, lo cierto es que la Cláusula Quinta del Contrato, evidentemente, no se ha ajustado a la proforma incluida en las Bases ni de los documentos que modificaron ésta durante el proceso de selección, según lo dispone el citado artículo 35 de la Ley de Contrataciones del Estado, por lo que este Colegiado deberá evaluar si dicha transgresión al mencionado artículo 35 sería causal suficiente para declarar la invalidez y/o ineficacia de la mencionada cláusula del Contrato.

83. Al respecto, el artículo 56 de la Ley de Contrataciones del Estado al regular la nulidad de los actos derivados de los procesos de contratación, dispone en su último párrafo que "(...) **Cuando corresponda al árbitro único o al Tribunal Arbitral evaluar la nulidad del contrato, se considerarán en primer lugar las causales previstas en la presente ley y su reglamento, y luego las causales de nulidad aplicables reconocidas en el derecho nacional.**" (subrayado y resaltado es nuestro)

84. Al respecto, el tercer párrafo del mencionado artículo 56³ de la Ley de Contrataciones del Estado establece las causales de nulidad aplicables

³ **Artículo 56.- Nulidad de los actos derivados de los procesos de selección (...)**

a fin de declarar la nulidad de oficio por las Entidades, sin embargo ninguno de los supuestos establecidos en dicho apartado legal son aplicables al presente caso, por lo que este Colegiado considera necesario recurrir a las causales de nulidad dispuestas por el artículo 10 de la Ley de Procedimiento Administrativo General, Ley N° 27444, según el cual, son causales de nulidad: **(i)** la contravención a la Constitución, a las leyes o a las normas reglamentarias; **(ii)** el defecto o la omisión de algunos de sus requisitos de validez, salvo que se presente alguno de los supuestos de conservación del acto a que se refiere el artículo 14 de dicha ley; **(iii)** Los actos expresos o los que resulten como consecuencia de la aprobación automática o por silencio administrativo positivo, por los que se adquiere facultades, o derechos, cuando son contrarios al ordenamiento jurídico, o cuando no se cumplan con los requisitos, documentación o trámites esenciales para su adquisición; y **(iv)** los actos administrativos que sean constitutivos de infracción penal, o que se dicten como consecuencia de la misma.

85. Así las cosas, es evidente para este Colegiado que habiéndose evidenciado de la redacción de la Cláusula Quinta del Contrato una transgresión a lo dispuesto por el artículo 35 de la Ley, en el extremo que no se ajusta a la proforma del Contrato incluida en las Bases Integradas ni a las modificaciones generadas durante el proceso de selección; esta situación generaría que el contenido de la Cláusula Quinta del Contrato incurra en la causal de nulidad por contravención a lo dispuesto en las leyes, conforme lo dispone el primer numeral del artículo 10 de la Ley de Procedimiento Administrativo General, con lo que correspondería se declare su invalidez jurídica.

Después de celebrados los contratos, la Entidad puede declarar la nulidad de oficio en los siguientes casos:

- a) Por haberse suscrito en contravención con el artículo 10 de la presente ley.*
- b) Cuando se verifique la transgresión del principio de presunción de veracidad durante el proceso de selección o para la suscripción del contrato.*
- c) Cuando se haya suscrito el contrato no obstante encontrarse en trámite un recurso de apelación.*
- d) Cuando no se haya cumplido con las condiciones y/o requisitos establecidos en la normativa a fin de la configuración de alguna de las causales de exoneración.*
- e) Cuando no se haya utilizado los procedimientos previstos en la presente ley, pese a que la contratación se encontraba bajo su ámbito de aplicación. En este supuesto, asumirán responsabilidad los funcionarios y servidores de la Entidad contratante, conjuntamente con los contratistas que celebraron irregularmente el contrato.*

86. Para este Colegiado, es relevante en este razonamiento, lo establecido por el Organismo de Contrataciones del Estado cuando en la Opinión 03-2011/DTN, señala que:

"En ese sentido, una vez que se haya otorgado la buena pro y se requiera la firma de las partes a fin de iniciar la relación contractual no se podrá efectuar agregados que impliquen alguna modificación a las reglas consolidadas durante el proceso de selección, las cuales se encuentran recogidas en las Bases Integradas, la oferta ganadora y los documentos derivados del proceso de selección.

De otro lado, respecto al contenido final del texto del contrato, cabe precisar que, el artículo 26 de la Ley establece que las Bases deben contener obligatoriamente la proforma de contrato, en la que se señale las condiciones de la contratación.




Por ello, el contenido final del texto del contrato será el previsto en la proforma del contrato o cualquier otra disposición contenida en las Bases integradas y la oferta ganadora, así como los documentos derivados del proceso de selección que establezcan obligaciones para las partes. (el resaltado y subrayado nuestro)

87. En tal sentido, se debe declarar **FUNDADA** la presente pretensión, correspondiendo se declare la invalidez e ineficacia de la Cláusula Quinta del Contrato.

- ❖ **ANÁLISIS DEL SEGUNDO PUNTO CONTROVERTIDO:**
"Determinar si corresponde o no que el Tribunal Arbitral declare la invalidez y/o ineficacia de la resolución del Contrato N° 022-2013-MIDIS/PENSIÓN65, efectuada por la Entidad mediante la Carta Notarial N° 015-2013-MIDIS/P65-DE, de fecha 16.08.2013".

88. Sobre la presente pretensión, la demandante solicita al Tribunal Arbitral la invalidez y/o ineficacia de la resolución contractual efectuada por PENSIÓN 65 a través de la Carta Notarial N° 015-2013-MIDIS/P65-DE, sustentándose fundamentalmente en lo siguiente:

- Que, el plazo para ejecutar las prestaciones debía contabilizarse desde la aprobación de las muestras y estando a que dicha aprobación no se había dado, la Entidad no podía aplicarle las penalidades por un retraso injustificado en sus



obligaciones puesto que el plazo para ejecutar la prestación no se había iniciado, con lo cual se configura la ineficacia y/o invalidez de la Carta Notarial N° 015-2013-MIDIS/P65-DE.




- Agrega, que en el supuesto negado el Tribunal no acoja su tesis, la carta resolutoria se realizó a los tres (03) días calendario del presunto término final del plazo contractual; de esa manera, no se había excedido el 10% del monto contractual. En otras palabras, PENSIÓN 65 no observó el procedimiento establecido en la LCE y el Reglamento para resolver el contrato, debido a que para alcanzar el monto máximo de penalidad debían transcurrir cuando menos cinco (05) días calendario.
- Considera la demandante, que la penalidad no habría superado el 10% del monto contractual, por lo que al igualarla, más no sobrepasarla, no se cumplió con la procedencia de resolución contenida en el contrato y el Reglamento, por lo que dicha resolución debe ser declarada ineficaz y/o inválida.

89. Por su parte PENSIÓN 65, contradijo dichos argumentos, centrando su defensa en el hecho que el plazo venció el día 11.08.2013, por lo que al día 16.08.2013 ya se habría superado la penalidad máxima, habilitándose la facultad de resolver el contrato, de conformidad con el artículo 165° del Reglamento.

90. En tal sentido, este Tribunal Arbitral aprecia que esta pretensión se encuentra sumamente vinculada a la resolución del punto anterior, puesto que definido el plazo de ejecución e inicio de servicio, se puede determinar si existió o no una correcta aplicación de penalidades y con esto verificar si la resolución contractual efectuada por la Entidad se ajustó a los parámetros legales establecidos en la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento.

91. En ese escenario, habiendo declarado la invalidez e ineficacia de la Cláusula Quinta contenida en el Contrato, corresponde a efectos de pronunciarse respecto a esta pretensión, se defina el plazo real de la prestación e inicio de servicio, es decir, se dote de contenido a la Cláusula Quinta del Contrato, considerando, para ello, necesario realizar una interpretación del Contrato y un análisis de los documentos que lo conforman de una manera integral.

92. En tal sentido, es de observar que la Ley de Contrataciones y su Reglamento no observan parámetros para que se realice una

interpretación al contrato, por lo que, ante ese escenario, es necesario recurrir de manera supletoria a las normas contenidas en el Código Civil. Siendo, en efecto, que el artículo 169 de dicho cuerpo normativo establece lo siguiente:

"Interpretación sistemática

Artículo 169.- *Las cláusulas de los actos jurídicos se interpretan las unas por medio de las otras, atribuyéndose a las dudosas el sentido que resulte del conjunto de todas".*

93. La interpretación sistemática, llamada también contextual o interdependiente, parte de un hecho concreto: que el contrato es un todo integral, una unidad indivisible; por ende, sus cláusulas han de interpretarse las unas por medio de las otras, atribuyendo a cada una el sentido que resulte del conjunto. Esto significa que cada cláusula, arrancada del conjunto y tomada en sí misma, puede adquirir un significado inexacto y que solamente de la correlación armónica de cada una con las otras, y de la luz que se proyectan recíprocamente, surge el significado efectivo de cada una y de todas, tomadas en su conjunto. En consecuencia, el contrato no es una suma, sino un conjunto orgánico y sistemático de cláusulas⁴.
94. El significado de las cláusulas no puede ser segmentado, **sino que debe ser reconducido al conjunto de la intención común de los contratantes**. En otras palabras, la cláusula oscura, o las cláusulas oscuras, forman parte de un todo, y es precisamente a la luz de cuanto emerge totalmente de la declaración en su conjunto que es menester considerarlas para dar sentido a la operación negocial y a la singular cláusula en particular. Sólo una lectura completa y armonizadora de las cláusulas permitirá descubrir lo acordado y superar las ambigüedades y obscuridades en que han incurrido las partes, recuerda VIGO⁵.
95. Así las cosas, ya se ha determinado que el contrato también se encuentra conformado por las Bases Integradas, los TdR, la oferta ganadora y demás documentos con obligaciones para las partes que se

⁴ LEYVA SAAVEDRA, José. Revista de Derecho y Ciencia Política - UNMSM. Vol. 65 (Nº 1 - Nº 2). Lima, 2008, pág. 188.

⁵ VIGO, Rodolfo. "Interpretación jurídica de los contratos civiles" en La Ley. Buenos Aires, 1986-A, pag. 806.

derivan del proceso de selección, en virtud de lo señalado en las Cláusulas Sexta y Octava del propio Contrato, según las cuales:

"CLAUSULA SEXTA: PARTES INTEGRANTES DEL CONTRATO:

El presente contrato está conformado por las Bases Integradas, la oferta ganadora y los documentos derivados del proceso de selección que establecen obligaciones para las partes".

(...)

"CLÁUSULA OCTAVA: OBLIGACIONES DE EL CONTRATISTA:

***EL CONTRATISTA** se obliga a cumplir con el objeto materia del presente contrato, con estricta sujeción a las bases del Concurso Público N° 02-2013-P65 y a las condiciones generales de su Propuesta Técnica y Económica, que forma parte integrante del contrato (...)"*. (subrayado y resaltado del Tribunal)

96. En ese sentido, siendo clara la inconsistencia entre las cláusulas contractuales (puesto que los documentos del proceso de selección son partes integrantes del contrato) referente al plazo de inicio y ejecución del servicio, este Tribunal Arbitral considera que la Cláusula Quinta debe ser interpretada a la luz de los documentos derivados del proceso de selección y de las Cláusulas Sexta y Octava del Contrato.
97. Las Bases, TdR, oferta ganadora y el Contrato, establecieron diversos momentos para computar el inicio del servicio, así tenemos: (i) **desde el día siguiente de la suscripción del contrato** -ello según las Bases y el Contrato- o (ii) **desde la recepción de la orden de servicio** -ello según los TdR- o (ii) **desde el día siguiente de aprobada la muestra** -ello según las Bases y la Oferta Ganadora-.
98. En el mismo sentido, las Bases, TdR, oferta ganadora y el Contrato, establecieron diversos plazos para la ejecución del servicio, así tenemos: (i) **El servicio tendrá una duración no mayor a 20 días** -según TdR-; (ii) **El plazo de ejecución de servicio de 1 a 10 días calendario contado a partir de aprobada la muestra (10 puntos)** -según Bases-; (iii) **Los servicios se prestarán en un período no**

mayor de 20 días calendarios –proforma de Contrato; **(iv) El plazo de 10 días calendario contado a partir de aprobada la muestra** – según oferta ganadora-; y **(v) En el plazo de diez (10) días calendario** –según el Contrato-.

99. Por tanto, para este Tribunal Arbitral, existiendo una evidente contradicción entre los documentos, respecto tanto al inicio como al plazo de ejecución del servicio, considera necesario remitirse a lo dispuesto por el citado artículo 35 de la Ley de Contrataciones del Estado, según el cual **el Contrato debe ajustarse a la proforma incluida en el Contrato con las modificaciones aprobadas por la Entidad durante el proceso de selección.** Así las cosas, la Cláusula Quinta de la proforma del Contrato incluida en las Bases, estableció que ***"Los servicios materia de la presente convocatoria se prestarán en un período no mayor de 20 días calendarios, iniciándose desde el día siguiente de la suscripción del contrato"***, siendo el único documento posterior a éste que modificó dicha cláusula durante el proceso de selección, la oferta ganadora presentada por FULL TEXTIL, en la que se comprometió a ejecutar el servicio ***"(...) en el plazo de diez (10) días calendario contados a partir del día siguiente de aprobada la muestra"***. Al respecto, cabe resaltar que esta propuesta fue ofertada por FULL TEXTIL pues conforme a los Criterios de Evaluación Técnica de las Bases, quienes ofrecían mejoras a las condiciones previstas, en relación al plazo de entrega se les asignaría un plazo de 10 puntos en la medida que oferten brindar el servicio en el plazo de 1 a 10 días calendario de aprobada la muestra. En este punto, es relevante, también, para este Colegiado el hecho de que el único documento posterior a la proforma del Contrato, durante el proceso de selección, sea la oferta de FULL TEXTIL pues ello genera que el único documento que pueda modificar la proforma sea dicha propuesta, que en este caso, fue relevante, inclusive, para que FULL TEXTIL obtenga la buena pro del proceso de selección que generó la suscripción del Contrato materia del presente arbitraje. Bajo esas premisas y teniendo en consideración lo dispuesto por el citado artículo 35 de la Ley de Contrataciones del Estado, la Cláusula Quinta debió sujetarse a lo ofertado por FULL TEXTIL debiendo establecer que **el plazo de ejecución sería de diez (10) días calendario contado a partir del día siguiente de aprobada la muestra,** plazo que este Colegiado, atendiendo a lo resuelto al resolver el primer punto controvertido, tomará en consideración a efectos de pronunciarse respecto a la validez y/o ineficacia de la resolución de Contrato efectuada por PENSION65.

100. En tal sentido, de acuerdo a la interpretación sistemática realizada por el Tribunal Arbitral efectivamente el plazo de inicio de ejecución del servicio, debió computarse una vez aprobada la muestra y debía ejecutarse en el plazo de diez (10) días calendario.

101. Sin embargo, como es de advertir, el inicio del servicio se debía efectuar luego de aprobada la muestra, debido a que el cumplimiento de esta condición permitía el inicio del cómputo del plazo de ejecución del servicio, y al no haberse dado esta aprobación, se encontraba imposibilitada de dar inicio a la ejecución del servicio puesto que la Entidad no fijó un procedimiento para la aprobación de las muestras.

102. Sobre dicho extremo, de la revisión de los documentos obrantes en autos, se puede advertir que efectivamente la Entidad no estableció en las Bases el mecanismo de aprobación de muestras, sin embargo, fue la misma Entidad quien estableció en sus Bases como un criterio de calificación el establecer como referencia para la ejecución del servicio la aprobación de éstas, lo que al entender de este Colegiado correspondía a la Entidad, pues la única que tenía potestad para determinar las características que debía cumplir los bienes a ser entregados por FULL TEXTIL, es decir, es quien tenía la mejor posición para dar dicha aprobación era PENSION65.

103. Así las cosas, en base al análisis efectuado por el Colegiado de acuerdo a la interpretación de las cláusulas contractuales y a efectos de una mejor ilustración, se puede concluir lo siguiente:

- El servicio debía ejecutarse en el plazo de diez (10) días calendario.
- El plazo de inicio del servicio debe computarse a partir de la aprobación de las muestras.
- La aprobación de las muestras era una obligación que correspondía a PENSION65.

104. Luego de definido ello, corresponde verificar los hechos descritos en relación a la resolución de Contrato efectuada por la Entidad, por lo que es indispensable señalar el marco legal de aplicación de las penalidades por retraso injustificado en la ejecución de la prestación.

Así, debemos recurrir a lo establecido en la Cláusula Décimo Segunda del Contrato que establece:

"CLÁUSULA DÉCIMA SEGUNDA: PENALIDADES:

*Si **EL CONTRATISTA** incurre en retraso injustificado en la ejecución de las prestaciones objeto del contrato, la Entidad le aplicará 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, en concordancia con el artículo 165 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.*

(...)

*Cuando se llegue a cubrir el monto máximo de la penalidad, **LA ENTIDAD** podrá resolver el contrato por incumplimiento".*

105. Dicha cláusula contractual debe ser tomada en consideración de acuerdo a lo normado en el artículo 165 del Reglamento, el cual establece el mecanismo de aplicación de penalidad conforme a lo siguiente:

"Artículo 165.- Penalidad por mora en la ejecución de la prestación:

En caso de retraso injustificado en la ejecución de las prestaciones objeto del contrato, la Entidad le aplicará 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 será 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.

En todos los casos, la penalidad se aplicará automáticamente y se calculará de acuerdo con la siguiente fórmula:

Penalidad diaria = 0.10 x Monto

F x Plazo en días

Donde F tendrá los siguientes valores:

a) Para plazos menores o iguales a sesenta (60) días, para bienes, servicios y ejecución de obras: $F = 0.40$.

b) Para plazos mayores a sesenta (60) días:

b.1) Para bienes y servicios: $F = 0.25$.

b.2) Para obras: $F = 0.15$.

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 podrá resolver el contrato por incumplimiento.

Para efectos del cálculo de la penalidad diaria se considerará el monto del contrato vigente.

106. Del citado dispositivo y del propio Contrato, se observa que como premisa para la aplicación de la penalidad debe existir pues un retraso en la ejecución de la prestación, retraso que se debe entender como la falta de cumplimiento de la prestación luego de vencido el plazo contractual otorgado.
107. Ahora bien, nuevamente el Colegiado debe señalar que el servicio se debía iniciar al día siguiente de aprobada la muestra, y tenía un plazo de ejecución de 10 días calendario.
108. Ante ello, lógicamente, la posición de la Entidad no tiene sustento al señalar que el plazo vencía el día 11.08.2013, puesto que al no haberse generado la aprobación a las muestras, el plazo de ejecución del servicio nunca comenzó a computarse.

109. Precisado ello, el Tribunal Arbitral aprecia que la Carta Notarial N° 015-2013-MIDIS/P65-DE fue remitida por PENSION65 el día 16.08.2013, sin que a dicha fecha aún se hayan aprobado las muestras.

110. De la anterior premisa, se observa que la carta que resolvió el contrato se remitió indebidamente por parte de PENSION65, pues no cabía la posibilidad de penalizar al demandante por retraso en el cumplimiento de la prestación, de acuerdo a lo señalado en el artículo 165° del Reglamento y al razonamiento efectuado en el presente laudo.

111. En ese contexto, corresponde analizar el contenido de la Carta Notarial N° 015-2013-MIDIS/P65-DE, para lo cual el Tribunal considera pertinente citar lo siguiente:

"...Al respecto, su representada no ha cumplido con la entrega de los productos requeridos por la institución descritos en la Cláusula Segunda del Contrato N° 022-2013-MIDIS/PENSIÓN65, dentro del plazo contractual, configurándose lo señalado en el artículo 175° del Reglamento de Contrataciones del Estado(...)"

112. Se aprecia entonces que la Entidad sustentó su resolución de contrato en el supuesto señalado en el artículo 175, específicamente en el numeral 2 que señala: *"...(cuando) 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..."*.

113. Así las cosas, el Tribunal Arbitral de acuerdo al análisis efectuado, concluye que a la fecha de emisión de la Carta Notarial N° 015-2013-MIDIS/P65-DE (16.08.2013), FULL TEXTIL no se encontraba inmerso en retraso injustificado en la ejecución de su prestación, por lo que las penalidades aplicadas por la Entidad resultan contrarias a la normativa de Contrataciones del Estado.

114. Por tanto, el sustento por el cual PENSIÓN65 resuelve el contrato no contiene fundamentación jurídica alguna, siendo que la resolución contractual contenida en la Carta Notarial N° 015-2013-MIDIS/P65-DE

de 16.08.2013 resulta siendo inválida al no contener los requisitos esenciales de validez señalado en el artículo 3º de la Ley N° 27444 – Ley del Procedimiento Administrativo General, en específico al contener un objeto o contenido contrario a la Ley de Contrataciones del Estado, y una motivación inadecuada.

115. Bajo tales consideraciones, el Tribunal Arbitral declara **FUNDADA** la presente pretensión, e invalida y por consecuencia ineficaz la resolución contractual efectuada con Carta Notarial N° 015-2013-MIDIS/P65-DE de fecha 16.08.2013.

❖ **ANÁLISIS DEL TERCER PUNTO CONTROVERTIDO: "Determinar la invalidez y/o ineficacia de las penalidades aplicadas por LA ENTIDAD a FULL TEXTIL por supuesto retraso injustificado en la ejecución de la prestación objeto del Contrato N° 022-2013-MIDIS/PENSIÓN65".**

116. En relación a la presente pretensión, de acuerdo al análisis efectuado por el Tribunal Arbitral en la anterior pretensión, se ha determinado que la Entidad aplicó indebidamente penalidad a FULL TEXTIL.

117. En tal sentido, atendiendo a los fundamentos señalados, corresponde declarar **FUNDADA** la tercera pretensión de la demanda, y sin efecto las penalidades impuestas por la Entidad en la Carta Notarial N° 015-2013-MIDIS/P65-DE de fecha 16.08.2013.

6 artículo 3.- Requisitos de validez de los actos administrativos:

Son requisitos de validez de los actos administrativos:

(...)

2. *Objeto o contenido.- Los actos administrativos deben expresar su respectivo objeto, de tal modo que pueda determinarse inequívocamente sus efectos jurídicos. Su contenido se ajustará a lo dispuesto en el ordenamiento jurídico, debiendo ser lícito,*

preciso, posible física y jurídicamente, y comprender las cuestiones surgidas de la motivación.

(...)

4. *Motivación.- El acto administrativo debe estar debidamente motivado en proporción al contenido y conforme al ordenamiento jurídico.*

- ❖ **ANALISIS DEL CUARTO PUNTO CONTROVERTIDO: "Determinar si corresponde ordenar la devolución de la Carta Fianza N° 010407734, por el monto de S/. 71,450.00 (setenta y un mil cuatrocientos cincuenta y 00/100 nuevos soles), presentada por FULL TEXTIL como garantía de fiel cumplimiento del Contrato N° 022-2013-MIDIS/PENSIÓN65".**

118. Respecto a la presente pretensión, FULL TEXTIL solicita la devolución de la Carta Fianza N° 010407734, por el monto de S/. 71,450.00, sustentándose en el hecho de que el contrato materia de controversia ha quedado resuelto, en virtud de su Carta Notarial s/n de 27.08.2013, indicando que dicha resolución de contrato ha quedado firme al no ser cuestionada en la vía correspondiente.
119. Por su parte, la Entidad manifiesta que dicha garantía debe quedar en su custodia puesto que en la ejecución del contrato se ha aplicado la penalidad correspondiente como consecuencia del supuesto incumplimiento de las obligaciones contractuales de FULL TEXTIL.
120. Sobre las garantías en el contrato, como se conoce, existe una exigencia obligatoria en la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento que señalan que en la ejecución de un contrato con el Estado, el postor debe comprometer una garantía de fiel cumplimiento -entre otras garantías-, por el 10% del monto del contrato suscrito, conforme señala el artículo 158 del Reglamento. Dicha garantía se debe mantener vigente hasta el consentimiento de la liquidación en el caso de obras o hasta la conformidad de la última prestación para el caso de contratos de servicio y/o bienes. Lo señalado anteriormente ha sido recogido por las partes en el contrato, puesto que en la cláusula séptima de mismo pactaron que: "(...) Esta garantía debe encontrarse vigente hasta la conformidad de la recepción de la prestación a cargo de EL CONTRATISTA".
121. Se entiende que dicha garantía busca prevenir una pérdida económica al Estado como consecuencia del incumplimiento que pudieran tener los proveedores respecto a sus obligaciones contractuales, sin embargo, se puede colegir que la esencia de dicho dispositivo legal radica pues en disuadir a los contratistas de actuar de manera contraria a lo pactado contractualmente.

122. Así, de lo normado en el Reglamento y el Contrato, se establece un plazo de vigencia de la garantía, el cual debe ser hasta el momento de la conformidad y/o recepción de la prestación. Sin embargo, este supuesto tiene como base un desarrollo normal del contrato, es decir sin las dificultades que pudieran suceder, como lo es una posterior resolución de mismo. De lo señalado, se puede observar que la Ley y el Reglamento no contemplan mayor regulación respecto a las garantías en caso se haya resuelto el contrato en el caso de bienes y servicios.
123. De igual modo, este Tribunal Arbitral deja constancia que de acuerdo a la información proporcionada por las partes, a la fecha el Contrato se encuentra resuelto por FULL TEXTIL (al haberse determinado que la resolución efectuada por la Entidad previamente carece de validez), empero, no es materia del presente arbitraje que se analice si el contrato fue debidamente resuelto por dicha parte; tampoco se ha señalado a lo largo del desarrollo del proceso si dicha resolución contractual efectuada por la demandante ha sido sometido a conciliación y/o arbitraje. Más aún, FULL TEXTIL ha indicado que su resolución contractual quedó consentida, sin apreciarse contradicción alguna por parte de la Entidad, por lo que genera convicción en este Colegiado que dicho acto ha quedado firme, conforme señala el Reglamento.
124. Por consiguiente, al haber quedado, entendemos que firme, la resolución contractual efectuada por FULL TEXTIL resulta más que claro que no es posible proceder con la recepción de los bienes materia del servicio, por lo que el Tribunal Arbitral considera que no existe obligación de la demandante en mantener vigente una fianza, puesto que reiteramos que no es posible dar la conformidad al servicio.
125. En ese contexto, la garantía ha perdido eficacia respecto a todos sus efectos, siendo que resulta atendible la devolución de dicha garantía en virtud de que no existe saldo a cargo de FULL TEXTIL, ni monto alguno a favor de la Entidad, por lo que el Tribunal Arbitral declara **FUNDADA** la cuarta pretensión de la demanda.

❖ **ANALISIS DEL QUINTO PUNTO CONTROVERTIDO: "Determinar si corresponde o no ordenar a la ENTIDAD, como consecuencia de la resolución contractual realizada por el Contratista mediante carta s/n de fecha 27 de agosto del 2013, indemnice**

con S/. 181,375.91 al Contratista por el daño emergente más los intereses que se devenguen hasta la fecha de pago.

126. Respecto a este punto controvertido, este Colegiado advierte que la indemnización que solicita FULL TEXTIL se sustenta en la resolución de contrato efectuada por ésta, la misma como se ha señalado precedentemente no ha sido sometida a conocimiento de este Colegiado.

127. Al respecto, si bien el artículo 170 del Reglamento de Contrataciones del Estado, al regular los efectos de la resolución, establece que "*Si la parte perjudicada es el contratista, la Entidad deberá reconocerle la respectiva indemnización por los daños y perjuicios irrogados, (...)*"; no habiéndose sometido a conocimiento de este Colegiado la resolución de Contrato efectuada por FULL TEXTIL, que es la premisa para pronunciarse en relación a la indemnización por daños y perjuicios que reconoce el citado artículo 170 el Reglamento, no le corresponde tampoco a este Colegiado conocer de la indemnización que reclama FULL TEXTIL, por lo que corresponde declarar improcedente la presente pretensión, sin perjuicio de que FULL TEXTIL pueda hacer valer sus derechos conforme corresponda.

❖ **ANALISIS DEL SEXTO PUNTO CONTROVERTIDO: "*Determinar si corresponde o no ordenar a la ENTIDAD, como consecuencia de la resolución contractual realizada por el Contratista mediante carta s/n de fecha 27 de agosto del 2013, indemnice por lucro cesante, el Tribunal Arbitral deberá cuantificar el daño de acuerdo a su juicio y criterio*".**

128. Bajo las premisas por las que se ha declarado improcedente la quinta pretensión de la demanda, este Colegiado considera necesario declarar improcedente la presente pretensión, sin perjuicio de que FULL TEXTIL pueda hacer valer sus derechos conforme corresponda.

❖ **RESPECTO DE LAS COSTAS Y COSTAS DEL PROCESO ARBITRAL**

129. En primer lugar, el Tribunal Arbitral fija sus honorarios definitivos en la suma de S/. 43,671.00 netos y de la Secretaría Arbitral en el monto de S/. 11,068.00 netos, según las liquidaciones practicadas en el presente arbitraje.

130. Sobre los costos y costas del proceso arbitral, el Tribunal Arbitral advierte que las partes no han convenido distribución alguna de dichos costos, tal como se desprende del convenio arbitral. En tal sentido, a falta de dicho acuerdo, el Colegiado cuenta con las facultades para realizar dicha distribución de conformidad con lo establecido en el artículo 73° del D.L. N° 1071 - Decreto Legislativo que norma el Arbitraje, el cual establece:

"Artículo 73.- Asunción o distribución de costos.

El tribunal arbitral tendrá en cuenta a efectos de imputar o distribuir los costos del arbitraje, el acuerdo de las partes. A falta de acuerdo, los costos del arbitraje serán de cargo de la parte vencida. Sin embargo, el tribunal arbitral podrá distribuir y prorratear estos costos entre las partes, si estima que el prorrateo es razonable, teniendo en cuenta las circunstancias del caso (...)"

131. En ese sentido, para determinar la distribución de los costos y costas del arbitraje el Tribunal debe tener en consideración el actuar de las partes y su colaboración dentro del proceso para resolver la controversia, así como su derecho de litigar en el presente arbitraje.
132. Así, de los actuados se observa que ambas partes han cumplido a cabalidad y dentro del plazo con los mandatos conferidos, más aún, se ha mostrado una colaboración por las partes para resolver las controversias suscitadas entre ellas.
133. Asimismo, se considera que ambas partes han tenido los motivos suficientes para recurrir a ésta vía, así como argumentos suficientes para desarrollar sus posiciones.
134. En ese orden de ideas, el Tribunal Arbitral declara que los costos y costas del presente arbitraje sean asumidos por las partes en iguales condiciones, debiendo asumir cada una con los costos y costas que les haya irrogado la tramitación del proceso arbitral.

Que, en virtud de los considerandos precedentes, y por las atribuciones otorgadas al Tribunal Arbitral, de conformidad con el convenio arbitral y el D.L. N° 1071 – Decreto Legislativo que norma el Arbitraje, en derecho y por mayoría **LAUDA:**

PRIMERO.- Declarar **FUNDADA** la primera pretensión principal de la demanda presentada por FULL TEXTIL E.I.R.L. y, en consecuencia, se declara la inválida e ineficaz la Cláusula Quinta del Contrato N° 022-2013-MIDIS/PENSIÓN65 en el extremo señalado en el presente laudo.

SEGUNDO.- Declarar **FUNDADA** la segunda pretensión principal de la demanda presentada por FULL TEXTIL E.I.R.L. y, en consecuencia, declarar inválida e ineficaz la Carta Notarial N° 015-2013-MIDIS/P65-DE de fecha 16.08.2013 con la que PENSIÓN 65 resolvió el Contrato N° 022-2013-MIDIS/PENSIÓN65.

TERCERO.- Declarar **FUNDADA** la tercera pretensión principal de la demanda presentada por FULL TEXTIL E.I.R.L. y, en consecuencia, declarar inválidas e ineficaces las penalidades aplicadas por PENSIÓN 65.

CUARTO.- Declarar **FUNDADA** la cuarta pretensión principal de la demanda presentada por FULL TEXTIL E.I.R.L. y, en consecuencia, se ordena que PENSIÓN 65 haga efectiva la devolución de la Carta Fianza N° 010407734, por el monto de S/. 71,450.00 (setenta y un mil cuatrocientos cincuenta y 00/100 nuevos soles), presentada por FULL TEXTIL como garantía de fiel cumplimiento del Contrato N° 022-2013-MIDIS/PENSIÓN65.

QUINTO.- Declarar **IMPROCEDENTE** la quinta pretensión de la demanda presentada por FULL TEXTIL E.I.R.L. a través de la que reclama una indemnización por daño emergente y lucro cesante, como consecuencia de la resolución de contrato realizada mediante Carta s/n de fecha 27 de agosto de 2013.

SEXTO.- FIJAR los honorarios del Tribunal Arbitral en la suma de S/. S/. 43,671.00 netos y de la Secretaría Arbitral en el monto de S/. 11,068.00 netos, según liquidaciones de honorarios y gastos administrativos practicados en el presente arbitraje, los mismos que deberán ser asumidos en partes iguales por ambas partes.

SÉPTIMO: Declarar que cada una de las partes asuma sus gastos propios como consecuencia de la tramitación del presente arbitraje.

OCTAVO: Autorizar a la Secretaría Arbitral a fin de que remita una copia del presente laudo al Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado – OSCE y registrarlo en el SEACE, de conformidad con lo dispuesto en la Ley de Contrataciones y su Reglamento.



KATTY MENDOZA MURGADO
Presidenta del Tribunal Arbitral



KATTY FREIRE PINEDO
Árbitro



ANTONELLA QUISPE VALENZUELA
Secretaría Arbitral
Arbitre Soluciones Arbitrales

VOTO SINGULAR DEL ARBITRO DANIEL TRIVEÑO DAZA

En este acto, el Árbitro mencionado pasa a analizar y emitir pronunciamiento disidente respecto de los puntos controvertidos determinados en la Audiencia de Conciliación, Fijación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios, del 25 de febrero del 2014.

DETERMINAR SI CORRESPONDE O NO DECLARAR LA INVALIDEZ Y/O INEFICACIA DE LA CLÁUSULA QUINTA DEL CONTRATO N° 022-2013-MIDIS/PENSIÓN 65.

PRIMERO. Que, en relación a este punto controvertido, y de acuerdo a los argumentos de defensa expuestos tanto por FULL TEXTIL como por el MIDIS, se ha podido advertir que el conflicto se centra en determinar si el texto de la cláusula quinta de EL CONTRATO celebrado por las partes contraviene la normativa de contrataciones con el Estado, específicamente lo dispuesto en el artículo 142° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, motivo por el cual resulta necesario determinar el marco legal en base al cual corresponde resolverse la presente controversia.

Así, se verifica que en la cláusula décimo sexta de EL CONTRATO, las partes acordaron lo siguiente:

"CLÁUSULA DÉCIMO SEXTA: MARCO LEGAL DEL CONTRATO

Sólo en lo no previsto en este contrato, en la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento, en las directivas que emita el OSCE y demás normativa especial que resulte aplicable, serán de aplicación supletoria las disposiciones pertinentes del Código Civil vigente, cuando corresponda, y demás normas de derecho privado."

Al respecto, de modo preliminar, debemos indicar que toda vez que la primera pretensión concierne a la declaración de invalidez y/o ineficacia de

una cláusula del contrato, corresponde tomar en cuenta el ámbito legal aplicable. En efecto, en el presente caso lo que se está cuestionando es una cláusula contractual, la misma que se caracteriza por ser convencional (entre la Entidad y el contratista) y no unilateral. Así pues, de ser unilateral, su emanación y contenido dependería únicamente de la voluntad de un solo sujeto de derecho, como sería en el caso de una Entidad Pública. En tal contexto, estaríamos frente a un acto administrativo, y no ante un contrato, como ocurre en el presente supuesto. Dicha distinción, a su vez, determina una diferencia en el tratamiento del régimen de invalidez de los actos jurídicos de la Administración Pública, pues en el caso de los actos administrativos el régimen aplicable sería el indicado en los dos primeros párrafos del artículo 56 de la Ley de Contrataciones del Estado⁷, los mismos que están reservados para el Tribunal de Contrataciones del Estado y el Titular de la Entidad, y, supletoriamente, los preceptos indicados en el artículo 10 y siguientes de la Ley de Procedimiento Administrativo General. Por su parte, respecto del régimen de invalidez de los actos jurídicos de alcance contractual, está determinado por el tercer y quinto párrafo del artículo 56 de la Ley de Contrataciones del Estado y, supletoriamente, las causales reconocidas en el derecho nacional, tal cual sería las indicadas en el artículo 219, siguientes y concordantes del Código Civil.

En ese orden, la identificación de la forma jurídica específica con la que se ejercita la actividad administrativa es determinante para, a su vez,

⁷ Ley de Contrataciones del Estado

Artículo 56.- Nulidad de los actos derivados de los procesos de contratación

El Tribunal de Contrataciones del Estado, en los casos que conozca declara nulos los actos expedidos, cuando hayan sido dictados por órgano incompetente, contravengan las normas legales, contengan un imposible jurídico o prescindan de las normas esenciales del procedimiento o de la forma prescrita por la normatividad aplicable, debiendo expresar en la Resolución que expida la etapa a la que se retrotraerá el proceso de selección.

El Titular de la Entidad declara de oficio la nulidad del proceso de selección, por la mismas causales previstas en el párrafo anterior, **sólo hasta antes de la celebración del contrato**, sin perjuicio que pueda ser declarada en la resolución recaída sobre el recurso de apelación.

(...)

En caso de contratarse bienes, servicios u obras, sin el previo proceso de selección que correspondiera, se incurrirá en causal de **nulidad del proceso** y del contrato, asumiendo responsabilidades los funcionarios y servidores de la Entidad contratante conjuntamente con los contratistas que celebraron dichos contratos irregulares” (el subrayado es nuestro)

identificar el régimen de nulidad aplicable. Así pues, si se tratase de la invalidez de un acto administrativo, ello implicaría un régimen distinto al de la nulidad de un acto contractual, como en este caso, sería la suscripción de un contrato. Como consecuencia de lo expuesto, siendo que la controversia concierne a la nulidad parcial de un contrato, el ámbito legal que corresponde aplicar es el tercer y quinto párrafo del artículo 56, así como supletoriamente, los artículos 219, siguientes y concordantes del Código Civil, mas no la Ley de Procedimiento Administrativo General.

Por otro lado, en el caso materia de análisis FULL TEXTIL ha argumentado que EL MIDIS consignó unilateralmente en EL CONTRATO un plazo que difería sustancialmente del previsto en la Proforma contenida en las Bases Integradas, así como del ofertado en su propuesta técnica, situación que, señala, contravendría el artículo 142° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, cuyo texto indica lo siguiente:

"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 señaladas en el contrato (...)"

Cabe señalar que lo dispuesto en el citado artículo fue recogido en la cláusula sexta de EL CONTRATO:

"CLÁUSULA SEXTA: PARTES INTEGRANTES DEL CONTRATO

El presente contrato está conformado por las Bases Integradas, la oferta ganadora y los documentos derivados del proceso de selección que establezcan obligaciones para las partes."

SEGUNDO.- Que, a efectos de realizar un análisis normativo integral, resulta necesario traer a colación lo dispuesto en el artículo 59 del Reglamento que indica que: "Una vez absueltas todas las consultas y/u

observaciones, o si las mismas no se han presentado, las Bases quedarán integradas como reglas definitivas y no podrán ser cuestionadas en ninguna otra vía ni modificadas por autoridad administrativa alguna, bajo responsabilidad del Titular de la Entidad (...)"

De igual forma, corresponde observar que el artículo 35° de la Ley establece que "El contrato deberá celebrarse por escrito y se ajustará a la proforma incluida en las Bases con las modificaciones aprobadas por la Entidad durante el proceso de selección (...)"

Complementariamente, el artículo 49 de la Ley de Contrataciones del Estado establece que "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 pues, la normativa invocada permite concluir que en las contrataciones bajo el ámbito de la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento, el contrato está conformado no solo por el documento que lo contiene, sino también por las Bases Integradas, la propuesta técnica y económica presentadas por el postor ganador de la buena pro, así como por los demás documentos derivados del proceso de selección que establezcan obligaciones para las partes, resultando todos estos de carácter vinculante y por tanto de obligatorio cumplimiento, sin perjuicio de lo indicado en el artículo 49 de la Ley, en el sentido que cualquier manifestación formal documentada al momento de la formalización del contrato también obliga al contratista.

Asimismo, se aprecia que una vez integradas las Bases del proceso de selección, éstas constituyen reglas definitivas que no podrán ser modificadas con posterioridad por autoridad administrativa alguna, debiendo ajustarse el contrato a la Proforma contenida en las Bases, sin perjuicio de lo indicado en el artículo 49 de la Ley, en el sentido que

cualquier manifestación formal documentada al momento de la formalización del contrato también obliga al contratista.

TERCERO.- Que, habiéndose detallado el marco legal aplicable, corresponde analizar si la cláusula quinta de EL CONTRATO, referida al plazo de ejecución contractual, contraviene lo dispuesto en el artículo 142° del Reglamento o alguna otra disposición de la normativa de contratación pública.

En ese sentido, la referida cláusula quinta de EL CONTRATO estableció lo siguiente:

"CLÁUSULA QUINTA: DEL PLAZO DE LA EJECUCIÓN DE LA PRESTACIÓN

*El servicio materia del presente contrato se prestará en el plazo de **diez (10) días calendarios, que se inicia el 02 de agosto de 2013.**"*

De acuerdo a lo expuesto líneas atrás, se tiene que el plazo de diez días calendarios iniciados el 02 de agosto de 2013 contenido en la citada cláusula debería, efectivamente, guardar correspondencia con lo dispuesto tanto en las Bases, como en la propuesta técnica de FULL TEXTIL, por ser todos estos documentos que conforman EL CONTRATO y por tanto vinculantes para las partes.

Sin embargo, de una revisión de los mismos, se advierte que no se estableció un único criterio para determinar la fecha del inicio de la ejecución de EL CONTRATO, presentándose, más bien, diversos supuestos de cómputo de de plazo.

En efecto, en el numeral 1.8, Capítulo I, Condiciones Especiales del Proceso de Selección de las Bases Integradas, se estableció lo siguiente:

"1.8. PLAZO DE PRESTACIÓN DEL SERVICIO

Los servicios materia de la presente convocatoria se prestarán por un período no mayor de 20 días calendarios, **iniciándose al día siguiente de la suscripción del contrato. Dicho plazo constituye un requerimiento técnico mínimo** que debe coincidir con lo establecido en el expediente de contratación."

Concordante con lo dispuesto en este extremo de las Bases, la cláusula quinta de la proforma de EL CONTRATO indicaba lo siguiente:

"CLÁUSULA QUINTA: DEL PLAZO DE LA EJECUCIÓN DE LA PRESTACIÓN
Los servicios materia de la presente convocatoria se prestarán en un período no mayor de 20 días calendarios, **iniciándose desde el día siguiente de la suscripción del contrato.**"

Por su parte, en el Capítulo III, Términos de Referencia y Requerimientos Técnicos Mínimos, varía el criterio y precisa que:

"PLAZO DEL SERVICIO

El servicio tendrá una duración no mayor de veinte (20) días, **a partir de la recepción de la Orden de Servicio.**"

Asimismo, en el literal C) Mejoras a las Condiciones Previstas: Plazo de Entrega, del Capítulo IV Criterios de Evaluación Técnica, del mismo documento se señaló otro criterio para determinar el inicio del plazo:

"Se evaluará en función al plazo de ejecución del servicio ofertado, el cual debe mejorar el plazo de entrega establecido como requerimiento técnico mínimo.

La asignación de puntaje será de acuerdo al siguiente criterio:

- De 01 a 10 días calendarios contados **a partir del día siguiente de aprobada la muestra** 10 puntos
- De 11 a 16 días calendarios contados **a partir del día siguiente de aprobada la muestra** 05 puntos"

Finalmente, en la "Declaración Jurada de Plazo de Prestación del Servicio" (Anexo N° 5), de conformidad con éste último criterio contenido en las Bases, FULL TEXTIL ofertó:

*"Mediante el presente, con pleno conocimiento de las condiciones que se exigen en las Bases del proceso de la referencia, me comprometo a prestar el servicio (...) **en el plazo de 10 días calendario a partir del día siguiente de aprobada la muestra**".*

CUARTO.- Que, de acuerdo a lo anterior, se pone de manifiesto que previamente a la suscripción de EL CONTRATO, tanto las Bases Integradas como la propuesta técnica (cuyo plazo se ofertó de conformidad a uno de los criterios previstos en las Bases) establecieron distintos criterios de cómputo de plazo, todos ellos incompatibles entre sí, puesto que consignaban distintas fórmulas respecto al inicio del plazo de ejecución contractual.

De esta forma, se puede apreciar que finalmente en la cláusula quinta de EL CONTRATO las partes acogieron lo dispuesto en el punto 1.8 del Capítulo I de las Bases que estableció como requerimiento técnico mínimo que *"los servicios se prestarán por un período no mayor de 20 días calendario, iniciándose al día siguiente de la suscripción del contrato"*, fórmula que se repite en la Proforma del contrato contenida en las Bases.

En efecto, de una lectura de EL CONTRATO, se observa que éste fue suscrito con fecha 01 de agosto de 2013, consignándose en la cláusula quinta que el servicio se prestaría en el plazo de diez (10) días calendarios, iniciados el día 02 de agosto de 2013, es decir, al día siguiente de la suscripción del mismo, de conformidad a los extremos de las Bases previamente citados que establecen que los servicios se ejecutan desde el día siguiente de la suscripción del contrato.

QUINTO.- Que, sobre el particular, se debe resaltar que el presente caso, en el que existen disposiciones contradictorias respecto del plazo es un defecto originado en las propias Bases del proceso de selección que no fue corregido oportunamente con ocasión de su integración, pues como ha señalado la Dirección de Supervisión del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado – OSCE, en el Pronunciamiento N° 287-2012-DSU-2012, “(...) *las Bases deben ser claras y objetivas (...)*”, máxima que no se encuentra presente por la contradicción mencionada.

En ese orden de ideas, se debe señalar que si bien la cláusula quinta de EL CONTRATO no tomó como fecha de inicio para la prestación de los servicios la contenida en los factores de evaluación de las Bases y la propuesta técnica de FULL TEXTIL, sí consideró el extremo de las Bases que establece que el plazo se inicia al día siguiente de la suscripción del contrato, razón por la cual la cláusula quinta de EL CONTRATO resulta conforme al artículo 142° del Reglamento, así como a los demás dispositivos normativos a los que se ha hecho referencia, toda vez que se sujeta a lo dispuesto en las Bases, documento que forma parte de EL CONTRATO.

Asimismo, este Árbitro considera conveniente precisar que la incongruencia o falta de concordancia respecto al plazo en los documentos que conforman EL CONTRATO es consecuencia de un defecto de las Bases por contener disposiciones contradictorias respecto a un mismo punto, vale decir el término inicial del cómputo del plazo de ejecución contractual, situación que debió haber sido advertida y subsanada durante el proceso de selección; mas no constituye un defecto inherente a la cláusula quinta de EL CONTRATO que genere su invalidez y/o ineficacia, por ajustarse a un criterio de cómputo de plazo indicado en las Bases Administrativas, aceptado por ambas partes al momento de su suscripción el día 01.08.2013, de conformidad con lo indicado en el artículo 49 de la Ley de

Contrataciones del Estado,⁸ además de no configurarse causal de nulidad alguna señalada en el artículo 219 del Código Civil.

En efecto, sin perjuicio de la obligatoriedad del cumplimiento de lo pactado en el contrato por parte del contratista, al ser una manifestación formal documentada, de conformidad con el artículo 49 de la Ley de Contrataciones del Estado, la referida cláusula no establece un supuesto de inicio distinto de los previstos en las Bases, sino por el contrario acoge en su texto uno de ellos. Cabe señalar que a igual conclusión se hubiera llegado en caso que aquella hubiera recogido lo dispuesto en el extremo de las Bases y la propuesta técnica de FULL TEXTIL, que señalan que el plazo para ejecutar las prestaciones se contaba desde el día siguiente de aprobadas las muestras. Sea que se hubiera consignado en la cláusula quinta que el plazo inicia al día siguiente de la suscripción, al día siguiente de enviada la orden de servicio, o al día siguiente de aprobadas las muestras, se está cumpliendo con lo establecido en las Bases, por haberlo así acordado las partes al momento de la formalización del contrato.

Lo contrario supondría afirmar que cualquier criterio de inicio del plazo que se hubiera acogido en EL CONTRATO originaría la nulidad de la referida cláusula, toda vez que siempre se estaría contraviniendo alguno de los criterios de cómputo de plazo contenido en las Bases y en consecuencia siempre se tendría un contrato inejecutable, pues el plazo que se hubiere fijado adolecería en cualquier supuesto de invalidez.

En ese orden de ideas, se puede afirmar que la cláusula quinta de EL CONTRATO no contraviene lo dispuesto en el artículo 142° del Reglamento ni las demás disposiciones de la normativa de contratación pública

⁸ Ley de Contrataciones del Estado

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.”

invocadas por FULL TEXTIL, en consideración a que el contrato suscrito con fecha 01.08.2013, en términos parcialmente distintos a los demás extremos de las Bases Administrativas en relación al inicio del cómputo del plazo, es válido dentro de los alcances del artículo 49 de la Ley de Contrataciones del Estado, no configurándose ningún supuesto de invalidez del tercer párrafo del artículo 56 de la Ley ni ningún supuesto establecido en el artículo 219 del Código Civil.

En consecuencia, el Árbitro Único estima pertinente desestimar la demanda en este extremo.

DETERMINAR SI CORRESPONDE O NO SE DECLARE LA INVALIDEZ Y/O INEFICACIA DE LA RESOLUCIÓN DEL CONTRATO N° 022-2013-MIDIS/P65-DE, DE FECHA 16 DE AGOSTO DE 2013

SEXTO.- Que, en relación a este punto controvertido, se puede advertir que la controversia gira en función a determinar, en primer lugar, cuál es la fecha exacta a partir de la cual FULL TEXTIL debía ejecutar las prestaciones a su cargo; y posteriormente, si la resolución contractual efectuada por EL MIDIS fue realizada de conformidad al procedimiento de resolución contractual establecido en la Ley y su Reglamento.

Sobre el particular, FULL TEXTIL argumenta que el plazo para ejecutar las prestaciones debía contabilizarse desde la aprobación de las muestras, y dado que dicha aprobación no se había dado, EL MIDIS no podía aplicar penalidades por no existir retraso injustificado y, adicionalmente, por no haberse aplicado de manera correcta las penalidades no alcanzándose el monto máximo de penalidades.

Por su parte, el MIDIS señala que el plazo para ejecutar las prestaciones iniciaba a partir del 02 de agosto de 2013, por lo que frente al incumplimiento de FULL TEXTIL procedió con la aplicación de penalidades,

luego de lo cual resolvió EL CONTRATO por haberse llegado al límite de penalidad máxima.

SÉTIMO.- Ahora bien, tal como se ha detallado al analizar el primer punto controvertido, en el presente caso se advierte que si bien en la cláusula quinta de EL CONTRATO se estableció desde qué fecha debía FULL TEXTIL ejecutar las prestaciones a su cargo, recogiendo el criterio establecido en un extremo de las Bases, de conformidad con el artículo 49 de la Ley; las mismas Bases contenían otras fórmulas respecto del inicio del plazo, indicándose, por un lado, que el plazo iniciaría luego de recibida la orden de servicio, mientras que, de otro, el plazo iniciaría al día siguiente de aprobadas las muestras.

En ese sentido, si bien, de conformidad al artículo 142º del Reglamento, las Bases y la oferta ganadora son partes integrantes de EL CONTRATO y en consecuencia sus disposiciones son vinculantes, es igualmente cierto que el criterio para determinar el inicio del plazo puede ser solamente uno de los establecidos en dichos documentos, motivo por el cual, en el presente caso, se debe realizar una interpretación de EL CONTRATO y de las conducta de las partes, a efectos de determinar cuál es la fecha en la que efectivamente se daba inicio al plazo para que FULL TEXTIL ejecute las prestaciones.

OCTAVO.- Que, se debe tener en consideración que tal como señala Fernando Vidal "(...) *la interpretación del acto jurídico supone entonces, la indagación del verdadero sentido y alcance de la manifestación o manifestaciones de voluntad que lo han generado y le han dado contenido con la finalidad de precisar y normar sus efectos. La interpretación viene, así, a reparar el defecto en la manifestación de la voluntad, a fin de que esta alcance el fin que se ha propuesto, pues consiste, en suma, en establecer lo que la parte o partes del acto jurídico han manifestado y*

asegurar, por este medio, la preservación de lo que cada sujeto ha querido y expresado.⁹

En ese sentido, a efectos de determinar cuál de los distintos criterios establecidos en EL CONTRATO respecto al inicio del plazo responde verdaderamente a la voluntad de las partes contratantes, se debe acudir a los supuestos de interpretación del acto jurídico previstos en el Código Civil:

"Interpretación objetiva

Artículo 168.- *El acto jurídico debe ser interpretado de acuerdo con lo que se haya expresado en él y según el principio de la buena fe.*

Interpretación sistemática

Artículo 169.- *Las cláusulas de los actos jurídicos se interpretan las unas por medio de las otras, atribuyéndose a las dudosas el sentido que resulte del conjunto de todas.*

Interpretación integral

Artículo 170.- *Las expresiones que tengan varios sentidos deben entenderse en el más adecuado a la naturaleza y al objeto del acto."*

NOVENO.- Que, si bien el Código Civil no ha establecido un criterio jerárquico ni mucho menos limitativo de las fórmulas de interpretación citadas, la doctrina considera que "(...) *el criterio objetivista que ha adoptado el Código Civil, constituye el principio general de interpretación. En orientación de este principio, la interpretación no puede orientarse a la indagación de la voluntad interna, no declarada, sino a precisar la voluntad manifestada partiendo de una necesaria presunción de que esta última corresponde a la intención del celebrante o celebrantes del acto jurídico.*"¹⁰

⁹ VIDAL RAMÍREZ, Fernando. "El acto Jurídico". Lima: Gaceta Jurídica, 2011. P. 336.

¹⁰ Ibidem, p. 348.

Respecto a la interpretación objetiva, Juan Espinoza señala que (...) *opera con la reconstrucción de "lo querido" (art. 168 c.c.) o de "la común intención de las partes" (art 1362, si se trata de contratos), y el itinerario sería a través del principio de la buena fe (...) ¹¹.*

Por su parte, sobre la interpretación sistemática el referido autor señala que (...) *implica diferenciar qué parte es indispensable para la reconstrucción de "lo expresado" o de "la común intención de las partes", de aquello que simplemente es superfluo (...) no es un criterio al cual se deba recurrir cuando resulte dudoso el significado de la cláusula en concreto ¹².*

Finalmente, en cuanto a la interpretación integral o teleológica *"a la cual se le denomina también finalista o funcional, ante la posibilidad de interpretar una cláusula o expresión en varios sentidos, tiene en cuenta la causa concreta y justificante por la cual se realiza el negocio jurídico ¹³.*

DÉCIMO.- Que, conforme a los referidos criterios de interpretación, este Árbitro considera que en el presente caso no resulta factible realizar una interpretación sistemática ni tampoco integral de EL CONTRATO, dada la imposibilidad de hallar coherencia entre las distintas fórmulas de cómputo de inicio del plazo; sino más bien se debe efectuar una interpretación objetiva, que tome en consideración lo querido por las partes según el principio de la buena fe, conforme a lo señalado en el artículo 49 de la Ley de Contrataciones del Estado y en los artículos 168° y 1362° del Código Civil.

En ese orden, se debe tener en consideración que si bien las Bases y la propuesta técnica contenían disposiciones distintas respecto del inicio del plazo contractual, finalmente se estableció en la cláusula quinta de EL

¹¹ ESPINOZA ESPINOZA, Juan. "Acto Jurídico Negocial". Lima: Gaceta Jurídica, 2008. P. 230.

¹² Ibidem, p 238-237.

¹³ Ibidem, p 242.

CONTRATO que el plazo iniciaría el 02 de agosto de 2013, vale decir, al día siguiente de su suscripción.

Sobre el particular, de una lectura de EL CONTRATO se puede apreciar que éste fue suscrito por los representantes debidamente acreditados tanto de EL MIDIS como de FULL TEXTIL, con lo cual se pone en evidencia que ambas partes manifestaron indubitadamente su conformidad respecto de todos y cada uno de los extremos de EL CONTRATO, evidenciándose que su voluntad obedeció a la de celebrarlo conforme a su texto final, razón por la cual no resulta amparable el argumento consistente en que la inclusión del texto de la cláusula quinta de EL CONTRATO haya sido realizada unilateralmente por EL MIDIS.

Asimismo, FULL TEXTIL no ha acreditado que en la fecha de suscripción de EL CONTRATO haya comunicado o dejado algún tipo de constancia, sea verbal o escrita, de su oposición y/o disconformidad sobre el contenido de la cláusula quinta de EL CONTRATO referida al plazo de ejecución contractual.

DÉCIMO PRIMERO.- Que, sobre el particular, comentando el artículo 1362° del Código Civil que reconoce la presencia de la buena fe en la celebración de los contratos, Manuel de la Puente señala que *"La buena fe en la etapa de la celebración del contrato no radica tanto en la lealtad que deben tener, respectivamente, el oferente y el destinatario respecto a sus propias declaraciones, en el sentido de estar obligados a respetarlas (...), sino en la creencia o confianza que adquieren sucesivamente el destinatario y el oferente respecto a que la declaración del otro responde a su voluntad."*¹⁴

Tomando en consideración lo anterior, en el presente caso se tiene que el 01 de agosto de 2013 las partes suscribieron EL CONTRATO, en cuyo texto

¹⁴ DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. "El Contrato en General". Tomo I. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. 2003. P. 374.

se aprecia el sello y firma del representante legal de FULL TEXTIL, con lo cual se puede afirmar que ésta última manifestó su voluntad de suscribir EL CONTRATO en las condiciones establecidas en su texto, por lo que en aplicación del artículo 49 de la Ley de Contrataciones de Estado y el principio de buena fe, debe entenderse que lo dispuesto en EL CONTRATO responde a la voluntad de ambas partes, razón por la cual se puede concluir que FULL TEXTIL manifestó su voluntad de ejecutar sus prestaciones en el plazo de 10 días contados desde el 02 de agosto de 2013.

Ahora bien, se ha podido advertir que en los días posteriores a la suscripción de EL CONTRATO, FULL TEXTIL tampoco dejó constancia alguna de su disconformidad u oposición respecto al plazo pactado, sino por el contrario, mediante Carta S/N de fecha 08 de agosto de 2013, es decir siete (07) días después de haber suscrito EL CONTRATO, solicitó a EL MIDIS una ampliación de plazo, refiriendo problemas de abastecimiento de insumos del mercado, sin manifestar, en ningún extremo de dicha comunicación, su rechazo o disconformidad con el plazo pactado, ni solicitar a EL MIDIS se pronuncie respecto de la toma de muestras.

DÉCIMO SEGUNDO.- De lo anterior se desprende que para FULL TEXTIL el plazo que tenía para ejecutar sus prestaciones ya había iniciado, motivo por el cual, solicita a EL MIDIS le otorgue una ampliación de plazo, alegando dificultad de abastecimientos de materia prima. Nótese que en ningún extremo de la comunicación se hace referencia a la necesidad de establecer el procedimiento para la aprobación de muestras.

Es recién luego de que, con Carta N° 014-2013-MIDIS/P-65-DE recibida el 12 de agosto de 2013, EL MIDIS comunicara a FULL TEXTIL que su solicitud de ampliación de plazo resulta improcedente; FULL TEXTIL mediante Carta S/N de fecha 16 de agosto, vencido el plazo del contrato suscrito el 01.08.2013, hace referencia a la contradicción respecto del plazo de ejecución de EL CONTRATO, señalando que no existe una fecha de aprobación de muestras para iniciar el cómputo del plazo de entrega, por lo

que solicita suscribir una Adenda mediante la cual se modifique la cláusula quinta de EL CONTRATO y se incluya el procedimiento para la aprobación de muestras.

En ese sentido, se puede observar que durante y luego de la suscripción de EL CONTRATO, tanto el MIDIS como FULL TEXTIL actuaron considerando que el plazo de ejecución era el contenido en la cláusula quinta, sin que ninguna de las partes haya manifestado discrepancia alguna, sino recién hasta el día 16 de agosto de 2013, quince días luego de suscrito EL CONTRATO y vencido el plazo de éste, en el que FULL TEXTIL solicita la realización de una Adenda, y en la que igualmente, el MIDIS mediante Carta N° 015-2013-MIDIS/P-65, resuelve EL CONTRATO por acumulación del monto máximo de penalidades.

Por lo tanto, conforme a las disposiciones normativas citadas se puede concluir que, si bien existían distintos plazos, la común intención de las partes, al suscribir el texto final de EL CONTRATO, así como su comportamiento luego de la suscripción, era que el plazo de ejecución era de 10 días contados desde el 02 de agosto de 2013, de acuerdo a lo establecido en la cláusula sexta de EL CONTRATO.

DÉCIMO TERCERO.- Que, adicionalmente, se debe señalar que resulta aplicable al presente caso la teoría de los actos propios, en virtud de la cual Juan Espinoza señala que *"el principio de los actos propios se remonta a la máxima "venire contra factum proprium non valet", vale repetir. "que a nadie ha de estar permitido ir en contra de sus propios actos". Así, si una persona ha creado una situación de este tipo tendrá que responder. Por ello "el fundamento de este principio está muy estrechamente relacionado con la doctrina que exige dar protección jurídica a la buena fe manifestada en la confianza depositada en la apariencia"*¹⁵.

¹⁵ Juan Espinoza, *op. Cit.* 234.

En efecto, de acuerdo a la doctrina de los actos propios se tiene que los sujetos deben conducirse con lealtad, rectitud, manteniendo un comportamiento coherente, a fin de proteger la confianza, regularidad y confiabilidad que debe imperar en el tráfico jurídico.¹⁶ En ese sentido, ninguna de las partes puede, legítimamente, desentenderse de la esperanza o creencia razonable que su comportamiento ha generado en otra persona¹⁷.

Tomando como marco lo anterior, se tiene que no resulta amparable que, por un lado, luego de haber suscrito EL CONTRATO, cuya cláusula quinta estableció que el plazo para ejecutar las prestaciones a su cargo sería de 10 días calendarios contados desde el 02 de agosto de 2013, y de otro lado, que luego de haberse comportado en tal sentido incluso solicitando ampliación de plazo; FULL TEXTIL intente argumentar que el plazo no había iniciado porque EL MIDIS no había fijado el procedimiento para la aprobación de las muestras, razón por la cual se debe desestimar lo señalado por FULL TEXTIL respecto al inicio del plazo de EL CONTRATO.

DÉCIMO CUARTO.- Que, habiéndose determinado la fecha desde la cual FULL TEXTIL debía ejecutar las prestaciones a su cargo corresponde ahora establecer si la resolución contractual llevada a cabo por EL MIDIS mediante Carta N° 015-2013-MIDIS/P-65 de fecha 16 de agosto de 2013 fue realizada de conformidad con el procedimiento previsto en la normativa de contratación pública.

De esta manera, tratándose de un acto resolutorio, es preciso hacer referencia a los artículos pertinentes de la LEY y el REGLAMENTO

¹⁶ DÍEZ PICAZO, Luis, Sistema de Derecho Civil, Vol. I, 9 edición, Tecnos, Madrid, 1998, p. 439.
MAIRAL, Héctor A., La Doctrina de los Actos Propios y la Administración Pública, Depalma, Buenos Aires, 1988, p. 4.

¹⁷ ARRIETA PONGO, Alejandro. "Estudio comparativo de los alcances de la doctrina de los actos propios frente al principio de protección de la confianza legítima". En *Ita Ius Esto*. N° 1, 2011. P. 41-51.

Así, el artículo 44 de la LEY consigna lo siguiente:

"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".

Por su parte, los artículos 168° y 169° del Reglamento precisan lo siguiente:

"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 podrá resolver 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.

En el caso de las contrataciones efectuadas a través de la modalidad de Convenio Marco, las comunicaciones antes indicadas se deberán realizar a través del SEACE.

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."

De lo anterior se aprecia que la normativa de contrataciones con el Estado, establece causales taxativas, que habilitan a las partes a utilizar el mecanismo de la resolución contractual para truncar la relación entre ellas; y que asimismo existe un procedimiento específico y especial que deben seguir tanto contratistas como entidades para efectuar la resolución del contrato que los vincula, no siendo una liberalidad de las partes dicho acto, en la medida que el ordenamiento jurídico en materia de contrataciones con el Estado busca proteger el objeto y fines de la contratación.

DÉCIMO QUINTO.- Que, de acuerdo a lo señalado por el FULL TEXTIL a lo largo del proceso arbitral, la resolución contractual efectuada por EL MIDIS no se ajustaría a las normas previamente citadas, pues señalan que el plazo para que ejecuten las prestaciones contratadas no había iniciado, por estar supeditado a la aprobación de las muestras, la misma que no se llegó a realizar. Adicionalmente, afirman que incluso considerando que el plazo para ejecutar EL CONTRATO inició el 02 de agosto de 2013, EL MIDIS ha considerado en sus cálculos como días penalizados dos días que no podrían ser incluidos.

Dentro de este marco, este Árbitro tiene a la vista la Carta N° 015-2013-MIDIS/P-65 de fecha 16 de agosto de 2013 mediante la cual EL MIDIS comunica a FULL TEXTIL su decisión de resolver EL CONTRATO por haberse acumulado el monto máximo de penalidades, cuyo texto señala lo siguiente:

"La norma señala que la Entidad le aplicará 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.

El diez por ciento (10%) del monto total del contrato equivale a S/. 71,450.00, en caso de incumplimiento la aplicación de la penalidad diaria del monto máximo se configura en 4 días calendarios.

Período de incumplimiento: 12 de agosto de 2013 al 16 de agosto de 2013, período mayor a 4 días calendarios, cuya penalidad aplicable diaria acumulada supera el monto máximo equivalente al diez por ciento (10%) del monto del contrato vigente.

Adicionalmente el artículo 168° del Reglamento de Contrataciones del Estado señala: "La entidad podrá resolver el contrato de conformidad con el inciso c) del artículo 40° de la Ley, en los casos que el Contratista: 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.

Asimismo, el artículo 169° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado señala: 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.

Por las consideraciones anteriormente señaladas la Entidad hace de su conocimiento su decisión de resolución del Contrato N° 022-2013-MIDIS/PENSIÓN65, de conformidad al numeral 2 del artículo 168° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado."

DÉCIMO SEXTO.- Que, de lo antes expuesto, queda claro que la causa que sustenta la resolución del CONTRATO por parte de EL MIDIS fue la acumulación máxima de penalidades.

Sobre este punto es preciso resaltar que el artículo 165° del Reglamento establece lo siguiente:

"Artículo 165.- Penalidad por mora en la ejecución de la prestación

En caso de retraso injustificado en la ejecución de las prestaciones objeto del contrato, la Entidad le aplicará 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 será 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.

En todos los casos, la penalidad se aplicará automáticamente y se calculará de acuerdo con la siguiente fórmula:

$$\text{Penalidad diaria} = \frac{0.10 \times \text{Monto}}{F \times \text{Plazo en días}}$$

Donde F tendrá los siguientes valores:

a) Para plazos menores o iguales a sesenta (60) días, para bienes, servicios y ejecución de obras: $F = 0.40$.

b) Para plazos mayores a sesenta (60) días:

b.1) Para bienes y servicios: $F = 0.25$.

b.2) Para obras: $F = 0.15$.

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 podrá resolver el contrato por incumplimiento.

Para efectos del cálculo de la penalidad diaria se considerará el monto del contrato vigente."

Se puede apreciar que frente a retraso injustificado la penalidad se aplica automáticamente de acuerdo a la fórmula contenida en el referido artículo hasta un máximo equivalente al 10% del monto del contrato vigente, luego de lo cual la entidad contratante podrá resolver el contrato por incumplimiento.

Este árbitro estima pertinente hacer referencia a lo dispuesto en el artículo 151° del Reglamento respecto al cómputo de los plazos en materia de contrataciones con el Estado:

"Artículo 151.- Cómputo de los plazos

Durante la vigencia del contrato, los plazos se computarán en días calendario, excepto en los casos en los que el Reglamento indique lo contrario.

El plazo de ejecución contractual se computa en días calendario desde el día siguiente de la suscripción del contrato o desde el día siguiente de cumplirse las condiciones establecidas en las Bases. En el caso de contrataciones perfeccionadas mediante orden de compra o de servicio, el plazo de ejecución se computa desde el día siguiente de recibida.

En ambos casos se aplicará supletoriamente lo dispuesto por los artículos 183 y 184 del Código Civil."

De acuerdo a la cláusula quinta de EL CONTRATO, el plazo de diez días calendarios para que FULL TEXTIL ejecute las prestaciones debidas, iniciaba el 02 de agosto de 2013, y vencía el día 11 de agosto de 2013, motivo por el cual la aplicación de penalidades inició desde el día siguiente, es decir, el 12 de agosto de 2013.

Ahora bien, de la fórmula contenida en el artículo 165° del Reglamento se tiene que la penalidad diaria por retraso injustificado ascendía al monto de

S/. 17,862.50, la misma que correspondía ser aplicada desde el día 12 de agosto de 2013.

Asimismo, se puede apreciar que el 15 de agosto de 2013 la aplicación de penalidades alcanzó la suma S/. 71, 450.00, monto equivalente al 10% del total del contrato, motivo por el cual a partir de esa fecha EL MIDIS se encontraba habilitado para resolver EL CONTRATO, de conformidad a lo dispuesto en el numeral 2 del artículo 168° del Reglamento.

Si bien, en la Carta N° 015-2013-MIDIS/P-65 de fecha 16 de agosto de 2013, EL MIDIS hace referencia a que el período de incumplimiento abarca desde el día 12 de agosto al día 16 de agosto de 2013, lo cierto es que ya un día antes, es decir el 15 de agosto, se había alcanzado el monto máximo de penalidades, razón por la cual se encontraba habilitado para resolver EL CONTRATO.

En mérito a lo expuesto este Árbitro considera que la resolución de EL CONTRATO efectuada por EL MIDIS mediante Carta N° 015-2013-MIDIS/P-65 de fecha 16 de agosto de 2013 fue realizada de plena conformidad a las disposiciones contenidas en la normativa de contrataciones con el Estado, por lo que en este extremo corresponde declararse infundada la demanda.

DETERMINAR SI CORRESPONDE O NO SE DECLARE LA INVALIDEZ Y/O INEFICACIA DE LAS PENALIDADES APLICADAS POR LA ENTIDAD POR SUPUESTO RETRASO INJUSTIFICADO EN LA EJECUCIÓN DE LA PRESTACIÓN OBJETO DEL CONTRATO N° 022-2013-MIDIS/PENSIÓN65.

DÉCIMO SÉTIMO.- Que, con relación a este punto controvertido, este Árbitro estima pertinente ratificar el análisis efectuado en el punto controvertido precedente, en el sentido que, la aplicación de penalidades efectuada por el MIDIS se realizó de conformidad a la normativa de contrataciones con el Estado, por haber incurrido FULL TEXTIL en retraso

injustificado de sus prestaciones desde el día 12 de agosto de 2013, motivo por el cual la pretensión debe ser declarada infundada.

DETERMINAR SI CORRESPONDE O NO SE ORDENE A LA ENTIDAD LA DEVOLUCIÓN DE LA CARTA FIANZA N° 010407734, POR EL MONTO DE S/. 71,450.00 AL CONTRATISTA PRESENTADA COMO GARANTÍA DE FIEL CUMPLIMIENTO DEL CONTRATO

DÉCIMO OCTAVO.- Que, con relación a este punto controvertido, FULL TEXTIL solicita la devolución de la Carta Fianza N° 010407734, por el monto de S/. 71,450.00, presentada como garantía de fiel cumplimiento, en base a que mediante Carta Notarial S/N de fecha 27 de agosto de 2013 comunicó a EL MIDIS su decisión de resolver EL CONTRATO, frente a la negativa por parte de esta entidad de fijar un procedimiento de aprobación de las muestras.

Sobre el particular, este Árbitro considera conveniente precisar que la resolución contractual efectuada por FULL TEXTIL el 27 de agosto de 2013 carece de todo efecto legal, toda vez que EL MIDIS ya había resuelto EL CONTRATO celebrado por ambas partes mediante Carta N° 015-2013-MIDIS/P-65, acto que, como se ha expuesto en el análisis de los puntos controvertidos precedentes, fue realizado conforme a la normativa de contrataciones con el Estado, por lo que no resulta jurídicamente posible resolver un contrato previamente resuelto de modo válido por la otra parte contratante.

DÉCIMO NOVENO.- Ahora bien, en relación a la garantía de fiel cumplimiento este Árbitro concuerda con lo señalado en la Opinión N° 082-13/DTN que señala lo siguiente:

"La normativa de contrataciones del Estado establece como requisito para la celebración de un contrato, que el postor ganador de la Buena Pro constituya y entregue a la Entidad la garantía de fiel cumplimiento, por una

suma equivalente al diez por ciento (10%) del monto del contrato original, con la finalidad de cautelar el correcto y oportuno cumplimiento de sus obligaciones durante la ejecución contractual.

Resulta pertinente precisar que la garantía de fiel cumplimiento cumple una doble función: compulsiva y resarcitoria. Es compulsiva, pues lo que pretende es compeler u obligar al contratista a cumplir con todas sus obligaciones contractuales, bajo apercibimiento de ejecutar las garantías presentadas por este. Asimismo, es resarcitoria, pues lo que se pretende a través de su ejecución es indemnizar a la Entidad por los eventuales daños y perjuicios que haya sufrido debido al incumplimiento del contratista.

Como se puede apreciar, la garantía de fiel cumplimiento tiene como una de sus finalidades resarcir a la entidad por los eventuales daños sufridos por el incumplimiento del contratista, motivo por el cual, habiéndose acreditado en el presente caso el incumplimiento por parte de FULL TEXTIL de las prestaciones a su cargo, de conformidad a la Opinión antes citada, la ejecución de la Carta Fianza N° 010407734 asiste a EL MIDIS como una herramienta para resarcir los daños que le hubiere generado el incumplimiento de FULL TEXTIL, razón por la cual, al no presentarse ningún supuesto habilitante para la devolución de la referida garantía, la demanda en este extremo corresponde declararse infundada.

DETERMINAR SI CORRESPONDE O NO SE ORDENE A LA ENTIDAD, COMO CONSECUENCIA DE LA RESOLUCIÓN CONTRACTUAL REALIZADA POR EL CONTRATISTA MEDIANTE CARTA S/N DE FECHA 27 DE AGOSTO DEL 2013, INDEMNICE CON S/.181.375.91 AL CONTRATISTA POR EL DAÑO EMERGENTE MÁS LOS INTERESES QUE SE DEVENGUEN HASTA LA FECHA DE PAGO.

VIGÉSIMO. Que, en relación a este punto controvertido, el Árbitro Único identifica que el pedido formulado por FULL TEXTIL solicita que se declare el

derecho a percibir una indemnización por daños y perjuicios, constituidos por el daño emergente y el lucro cesante.

Respecto al daño, el Árbitro Único manifiesta que el mismo es conceptualizado de manera general como todo perjuicio o menoscabo que sufre un individuo, ya sea en su entidad psicosomática o en su patrimonio. En tal sentido, el daño implica una calificación que realiza un sujeto respecto a las consecuencias que conlleva un determinado evento respecto a su situación precedente, es decir, luego *"...de la formulación de un juicio de disvalor sobre el suceso dañoso y, por lo tanto, sobre la exigencia de intervenir..."*¹⁸.

Al respecto, cabe manifestar que el daño, dependiendo del interés que afecta, puede ser calificado como patrimonial y como no patrimonial, entendido esta última acepción como afectación a la integridad de todo sujeto de derechos.

Asimismo, tal y como ha sido aceptado pacíficamente en la doctrina comparada, el daño debe reunir determinadas características que incidirán en la calificación respecto a la aptitud que debe tener el mismo para efectos de su resarcimiento. Sobre el particular, se ha establecido que, a fin de ser resarcido, el daño debe cumplir con los requisitos de ser cierto; de ser subsistente, es decir, de no haber sido reparado; contar con una "especialidad", esto es, que se afecte el interés de una persona o entidad que haya merecido juridicidad por el ordenamiento jurídico; y debe ser injusto.

VIGÉSIMO PRIMERO.- Que, respecto al requisito de la certeza del daño, el Árbitro Único debe indicar que este requisito requiere la demostración del daño como suceso, entendido éste de manera fáctica como lógica.

(¹⁸) SALVI, Cesare. "El Daño" En: "Estudios sobre la Responsabilidad Civil". Traducción y edición al cuidado de Leysser L. León. ARA Editores. Lima. Perú. 2001. Pág. 286.

Resulta entonces claro que 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.

VIGÉSIMO SEGUNDO. Al respecto, en el presente caso, FULL TEXTIL solicita el derecho a percibir una indemnización constituida por el daño emergente, no obstante, de la revisión de los medios probatorios aportados al proceso se puede advertir, por un lado que no existió conducta antijurídica por parte de EL MIDIS, toda vez que ha quedado establecido que el plazo para que FULL TEXTIL ejecute sus prestaciones era el consignado en la cláusula quinta de EL CONTRATO, no estando por lo tanto EL MIDIS obligado a fijar el procedimiento de aprobación de muestras alegado por el demandante; mientras que de otro lado, y en relación a lo anterior de la resolución contractual efectuada por EL MIDIS fue realizada de conformidad a la normativa de contrataciones con el Estado, no existiendo ningún daño resarcible.

En efecto, "siempre es necesaria una conducta que sea ilícita, antijurídica o ilegítima, para poder dar nacimiento a la obligación legal de indemnizar y por ende un supuesto de responsabilidad civil extracontractual o contractual."¹⁹

En ese orden, se puede advertir que en el presente caso no se ha producido ninguna conducta antijurídica por parte de EL MIDIS que pueda ser catalogada como tal, dado que no ha ocurrido ninguna acción que pueda contravenir lo dispuesto en la normativa de contrataciones con el Estado, toda vez que, como se ha señalado al analizar las pretensiones precedentes,

¹⁹ TABOADA CORDOBA, Lizardo. "Elementos de la Responsabilidad Civil. Comentarios a las normas dedicadas por el Código Civil peruano a la responsabilidad civil extracontractual y contractual". Editora Jurídica Grijley. 2000. P. 36.

ha quedado establecido que el plazo para que FULL TEXTIL ejecute sus prestaciones, era el consignado por mutuo acuerdo en la cláusula quinta de EL CONTRATO, no estando por lo tanto EL MIDIS obligado a fijar el procedimiento de aprobación de muestras alegado por FULL TEXTIL, razón por la cual se concluye que no se presenta el elemento de antijuricidad.

En consecuencia, este Árbitro estima pertinente desestimar la demanda en este extremo.

DETERMINAR SI CORRESPONDE O NO ORDENAR A LA ENTIDAD, COMO CONSECUENCIA DE LA RESOLUCIÓN CONTRACTUAL REALIZADA POR EL CONTRATISTA MEDIANTE CARTA S/N DE FECHA 27 DE AGOSTO DEL 2013, INDEMNICE POR LUCRO CESANTE, EL TRIBUNAL ARBITRAL DEBERÁ CUANTIFICAR EL DAÑO DE ACUERDO A SU JUICIO Y CRITERIO

VIGESIMO TERCERO. En este extremo, nos remitimos a los argumentos indicados en el análisis de la pretensión anterior, en el sentido que al no haber antijuricidad por parte de la actuación del MIDIS no es posible determinar la existencia de obligación de indemnización alguna.

DETERMINAR EN QUÉ PARTE Y EN QUÉ PROPORCIÓN LES CORRESPONDE ASUMIR LOS COSTOS ARBITRALES

VIGÉSIMO CUARTO.- Que, en relación a las costas y costos, de acuerdo a las reglas contenidas en el Acta de Instalación, para efectos del proceso arbitral será de aplicación – de manera supletoria – lo dispuesto por el Decreto Legislativo 1071, Decreto Legislativo que norma el arbitraje.

En ese sentido, en cuanto a las costas y costos del proceso arbitral, el inciso 2 del artículo 56 del Decreto Legislativo No 1071, dispone que el Árbitro

Único deberá pronunciarse en el Laudo sobre la distribución de los costos del arbitraje, según lo previsto en el artículo 73 del referido cuerpo legal.

De igual manera, el artículo 70 del Decreto Legislativo No 1071, precisa lo siguiente:

"Artículo 70.- Costos

El tribunal arbitral fijará en el laudo los costos del arbitraje. Los costos del arbitraje comprenden:

- a. Los honorarios y gastos del tribunal arbitral.*
- b. Los honorarios y gastos del secretario.*
- c. Los gastos administrativos de la institución arbitral.*
- d. Los honorarios y gastos de los peritos o de cualquier otra asistencia requerida por el tribunal arbitral.*
- e. Los gastos razonables incurridos por las partes para su defensa en el arbitraje.*
- f. Los demás gastos razonables originados en las actuaciones arbitrales".*

Por su parte, el inciso 1 del artículo 73 del Decreto Legislativo No 1071, señala lo siguiente:

"Artículo 73.- Asunción o distribución de costos

El tribunal arbitral tendrá en cuenta a efectos de imputar o distribuir los costos del arbitraje, el acuerdo de las partes. A falta de acuerdo, los costos del arbitraje serán de cargo de la parte vencida. Sin embargo, el tribunal arbitral podrá distribuir y prorratear estos costos entre las partes, si estima que el prorrateo es razonable, teniendo en cuenta las circunstancias del caso".

Ahora bien, de la revisión de los actuados, así como de los medios probatorios que obran en el expediente, este Árbitro ha concluido que la

conducta de FULL TEXTIL no se ajustó a las estipulaciones contractuales asumidas por las partes para la ejecución de EL CONTRATO, omitiendo la ejecución de las prestaciones a su cargo, conducta que generó que EL MIDIS tuviera que resolver EL CONTRATO

En ese sentido, este Árbitro estima pertinente condenar a FULL TEXTIL a asumir la totalidad de las costas y costos generados en el presente proceso.

En atención a ello y siendo que el Árbitro no representa los intereses de ninguna de las partes y ejercen el cargo con estricta imparcialidad y absoluta discreción, así como que en el desempeño de sus funciones ha tenido plena independencia y no ha estado sometido a orden, disposición o autoridad que menoscabe sus atribuciones, gozando del secreto profesional; por lo que habiéndose agotado todas las etapas del proceso y no existiendo pretensión por analizar, este Árbitro **LAUDA EN DERECHO** de la siguiente manera:

PRIMERO: DECLARAR INFUNDADA la primera pretensión referida a que se declare la invalidez y/o ineficacia de la cláusula quinta del Contrato N° 022-2013-MIDIS/PENSIÓN65.

SEGUNDO: DECLARAR INFUNDADA la segunda pretensión referida a que se declare la invalidez y/o ineficacia del Contrato N° 022-2013-MIDIS/PENSIÓN65, efectuada por EL MIDIS mediante Carta Notarial N° 015-2013-MIDIS/P65-DE de fecha 16 de agosto de 2013.

TERCERO: DECLARAR INFUNDADA la tercera pretensión referida a que se declare la invalidez y/o ineficacia de las penalidades aplicadas por EL MIDIS a FULL TEXRIL por supuesto retraso injustificado en la ejecución de la prestación objeto del Contrato N° 022-2013-MIDIS/PENSIÓN65.

CUARTO: DECLARAR INFUNDADA la cuarta pretensión referida a la devolución de la Carta Fianza N° 010407734, por el monto de S/.

71,450.00 presentada por FULL TEXTIL como garantía de fiel cumplimiento del Contrato N° 022-2013-MIDIS/PENSIÓN65.


QUINTO: DECLARAR INFUNDADA la quinta pretensión referida al pago de una indemnización por daños y perjuicios (daño emergente y lucro cesante).

SEXTO: DECLARAR INFUNDADA la sexta pretensión referida a que se ordene a EL MIDIS asumir el pago de los costos y costas del presente arbitraje, y en consecuencia, **DISPONER** que FULL TEXTIL asuma la totalidad de las costas y costos generados en el presente proceso.

SÉTIMO: REMITIR un ejemplar de la presente decisión, al Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado para su respectiva publicación.



DANIEL TRIVEÑO DAZA
Árbitro



ANTONELLA QUISPE VALENZUELA
Secretaria Arbitral
Arbitre Soluciones Arbitrales