

LAUDO ARBITRAL DE DERECHO

Demandante:

Ministerio Público

En adelante, el **MINISTERIO**.

Demandado:

Fouscas Trading E.I.R.L.

En adelante, el **CONTRATISTA**.

Árbitro Único:

Juan Huamaní Chávez.

Secretario Arbitral:

Tomas Jaime Arturo Saavedra Gutierrez.

RESOLUCIÓN N° 35

Lima, 8 de mayo e 2017.-

VISTOS:

I. ANTECEDENTES

Con fecha 23 de octubre de 2014, se suscribió el Contrato N° 09-2014-LP-MP-FN-GG-GELOCG para la "Adquisición de Leche Entera Evaporada", entre la empresa Fouscas Trading E.I.R.L. y el Ministerio Público.

1. La cláusula décimo sexta del Contrato establece lo siguiente:

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

Facultativamente, cualquiera de las partes podrá someter a conciliación la referida controversia, sin perjuicio de recurrir al arbitraje en caso no

se llegue a un acuerdo entre ambas, según lo señalado en el artículo 214° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

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

Como consecuencia de las controversias relacionadas con la ejecución del Contrato referido, el Ministerio Público procedió a remitir la correspondiente solicitud de arbitraje a la empresa Fouscas Trading E.I.R.L. en aplicación del convenio arbitral contenido en la citada cláusula décimo sexta del contrato.

II. DESARROLLO DEL PROCESO

A. Actuación Preliminar del Árbitro Único

1. Con fecha 18 de febrero de 2016 a las 16:00 horas, se llevó a cabo la Audiencia de Instalación de Árbitro Único Ad Hoc en la sede institucional del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado – OSCE, donde se reunieron el doctor Juan Huamaní Chávez, en su calidad de Árbitro Único; conjuntamente con el Dr. Héctor Martín Inga Aliaga, Profesional de la Subdirección de Asuntos Administrativos Arbitrales, en representación de la Dirección de Arbitraje Administrativo del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado – OSCE, con el propósito de instalar al Árbitro Único que se encargaría de resolver la presente controversia.
2. Con fecha 18 de marzo de 2016, el Ministerio Público presentó su demanda; por lo que, mediante Resolución N° 4, este Colegiado Unipersonal dispuso admitir a trámite el escrito de demanda, el cual se corrió traslado a Fouscas Trading E.I.R.L., a fin de que un plazo de quince (15) días, lo contestara y, en caso así lo considerase, formulara su reconvención.
3. Luego, con escrito de fecha 12 de abril de 2016, Fouscas Trading E.I.R.L. cumplió con presentar su escrito de contestación de demanda; además, formuló su reconvención. Respecto al referido escrito, mediante Resolución N° 5, el Árbitro Único dispuso admitir a trámite el escrito de contestación de demanda y reconvención; procediendo así, a correr traslado al Ministerio Público, con la

finalidad que en el plazo de quince (15) días hábiles, cumpliera con contestar la reconvencción formulada.

4. Asimismo, con escrito de fecha 9 de mayo de 2016, el Ministerio Público cumplió con presentar su escrito de contestación de reconvencción, el cual se admitió a trámite mediante Resolución N° 7. De la misma manera, en la mencionada resolución, se citó a ambas partes a la Audiencia de Conciliación, Determinación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios, la cual se realizaría el día 2 de junio de 2016 a las 11:00 horas, en la sede del arbitraje.
5. En el día y hora señalados, se llevó a cabo la Audiencia de Conciliación, Determinación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios con la asistencia de ambas partes, no pudiendo arribarse a una conciliación entre las mismas; por lo que, se procedió a fijar los puntos controvertidos respecto de cada una de las pretensiones planteadas, frente a los cuales las partes manifestaron su asentimiento. Estos fueron fijados de la siguiente manera:

De la demanda arbitral presentada por el Ministerio Público

1. **Primer Punto Controvertido:** *Determinar si corresponde o no declarar la nulidad o invalidez de la Resolución del Contrato N° 09-2014-LP-MP-FN-GG-GELOCG efectuada por Fouscas Trading E.I.R.L., debido a que no cumplió con sustentar la causal de resolución establecida en el artículo 168° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.*

De la reconvencción presentada por la empresa Fouscas Trading E.I.R.L.

2. **Segundo Punto Controvertido:** *Determinar si corresponde o no declarar que el contrato se encuentra debidamente resuelto por Fouscas Trading E.I.R.L. ante el incumplimiento del Ministerio Público.*
3. **Tercer Punto Controvertido:** *Determinar si corresponde o no ordenar la devolución de la Carta Fianza de Fiel Cumplimiento emitida por Fouscas Trading E.I.R.L. a favor del Ministerio Público ascendente a la suma de S/. 151,232.40 (Ciento Cincuenta y Un Mil Doscientos Treinta y Dos y 40/100 Soles).*

- 4. Cuarto Punto Controvertido:** *Determinar si corresponde o no ordenar la reliquidación de penalidades, conforme a la formula contractualmente establecida, y en consecuencia, se ordene la devolución a favor de Fouscas Trading E.I.R.L. la suma ascendente a S/. 62,209.44 (Sesenta y Dos Mil Doscientos Nueve y 44/100 Soles).*
- 5. Quinto Punto Controvertido:** *Determinar si corresponde o no ordenar al Ministerio Público cumpla con el pago de las facturas impagas por la suma total de S/. 130,650.00 (Ciento Treinta Mil Seiscientos Cincuenta y 00/100 Soles), más intereses legales correspondientes devengados y por devengarse hasta su efectiva cancelación.*
- 6. Sexto Punto Controvertido:** *Determinar si corresponde o no reconocer a favor de Fouscas Trading E.I.R.L. una indemnización por daños y perjuicios ocasionados por el Ministerio Público, en donde se contenga el daño emergente y el lucro cesante.*

Punto Controvertido Común

- 7. Séptimo Punto Controvertido:** *Determinar a quién corresponde asumir las costas y los costos del presente arbitraje.*
6. Asimismo, en la mencionada Audiencia, se admitieron los medios probatorios ofrecidos por el Ministerio Público en su escrito de demanda presentado con fecha 18 de marzo de 2016, incluidos en el acápite "VI. Medios Probatorios" que van del numeral 1) al 5).

También, se admitieron los medios probatorios ofrecidos por el Ministerio Público en su escrito de contestación a la reconvención de fecha 9 de mayo de 2016, incluidos en el acápite "VI. Medios Probatorios" que van del numeral 1) al 5).

Igualmente, se advirtió que en el escrito de contestación a la reconvención presentada por el Ministerio Público, dicha parte adjuntó documentación sin identificarlos si habrían sido ofrecidos como medios probatorios. Respecto a ello, este Colegiado Unipersonal observó que dicha documentación tendría vinculación con los fundamentos esgrimidos por el Ministerio Público; por lo que,

en aplicación del principio de flexibilidad que rige el arbitraje, el Árbitro Único dispuso admitir a trámite en calidad de medios probatorios, la siguiente documentación:

- i) Orden de Compra – Guía de Internamiento N° 0000347 (Fojas 34 del escrito de contestación a la reconvención).
- ii) Consulta de Expediente Administrativo (Fojas 35 al 41 del escrito de contestación a la reconvención).
- iii) Orden de Compra – Guía de Internamiento N° 0000002 (Fojas 42 del escrito de contestación a la reconvención).
- iv) Consulta de Expediente Administrativo (Fojas 43 al 57 del escrito de contestación a la reconvención).
- v) Orden de Compra – Guía de Internamiento N° 0000721 (Fojas 58 y 59 del escrito de contestación a la reconvención).
- vi) Consulta de Expediente Administrativo (Fojas 60 al 63 del escrito de contestación a la reconvención).
- vii) Anexo I – Año 2014 – Orden de Compra 721 (Fojas 64 y 65 del escrito de contestación a la reconvención).
- viii) Anexo II – Año 2015 – Orden de Compra 002 (Fojas 66 y 67 del escrito de contestación a la reconvención).
- ix) Anexo III – Año 2015 – Orden de Compra 347 (Fojas 68 y 69 del escrito de contestación a la reconvención).
- x) Memorando N° 2610-2015-MP-FN-GG-GECLOG-GEA de fecha 11 de diciembre de 2015 (Fojas 70 del escrito de contestación a la reconvención).
- xi) Informe N° 867-2015-MP-FN-GG-GECLOG-GEA-SUBGEAL de fecha 17 de julio de 2015 (Fojas 71 del escrito de contestación a la reconvención).

- xii) Orden de Compra – Guía de Internamiento N° 0000347 (Fojas 72 al 75 del escrito de contestación a la reconvención).
- xiii) Guía de Remisión de Remitente N° 001-0021271 (Fojas 76 del escrito de contestación a la reconvención).
- xiv) Penalidades Cobradas (Fojas 77 del escrito de contestación a la reconvención).
- xv) Memorando N° 2809-2015-MP-FN-GG-GECLOG-GEA de fecha 17 de diciembre de 2015 (Fojas 78 y 79 del escrito de contestación a la reconvención).
- xvi) Informe N° 1004-2015-MP-FN-GG-GECLOG-GEA-SUBGEAL de fecha 17 de julio de 2015 (Fojas 80 del escrito de contestación a la reconvención).
- xvii) Orden de Compra – Guía de Internamiento N° 0000347 (Fojas 81 al 84 del escrito de contestación a la reconvención).
- xviii) Guía de Remisión de Remitente N° 001-0020942 (Fojas 85 del escrito de contestación a la reconvención).
- xix) Memorando N° 2492-2015-MP-FN-GG-GECLOG-GEA de fecha 17 de diciembre de 2015 (Fojas 86 del escrito de contestación a la reconvención).
- xx) Penalidades Aplicadas a la Empresa Fouscas Trading E.I.R.L. (Fojas 87 del escrito de contestación a la reconvención).
- xxi) Informe N° 865-2015-MP-FN-GG-GECLOG-GEA-SUBGEAL de fecha 17 de julio de 2015 (Fojas 88 del escrito de contestación a la reconvención).
- xxii) Orden de Compra – Guía de Internamiento N° 0000002 (Fojas 89 y 90 del escrito de contestación a la reconvención).

- xxiii) Guía de Remisión de Remitente N° 001-0020592 (Fojas 91 del escrito de contestación a la reconvención).
 - xxiv) Guía de Remisión de Remitente N° 001-0020593 (Fojas 92 del escrito de contestación a la reconvención).
 - xxv) Guía de Remisión de Remitente N° 001-0020585 (Fojas 93 del escrito de contestación a la reconvención).
 - xxvi) Memorando N° 015-2015-MP-FN-GG-GECLOG-GEA de fecha 19 de enero de 2015 (Fojas 94 del escrito de contestación a la reconvención).
 - xxvii) Informe N° 067-2015-MP-FN-OAJ de fecha 15 de enero de 2015 (Fojas 95 al 98 del escrito de contestación a la reconvención).
 - xxviii) Oficio N° 009-2015-MP-FN-GG-GECLOG-GEA de fecha 9 de enero de 2015 (Fojas 99 del escrito de contestación a la reconvención).
 - xxix) Informe N° 1977-2014-MP-FN-GG-GECLOG-GEA-SUBGEAL de fecha 30 de diciembre de 2014 (Fojas 100 y 101 del escrito de contestación a la reconvención).
7. De la misma manera, se admitieron los medios probatorios ofrecidos por Fouscas Trading E.I.R.L. en su escrito de contestación de demanda y reconvención presentada con fecha 12 de abril de 2016, incluidos en el acápite "*IV. Medios Probatorios y Anexos que sustentan nuestra contestación de demanda*" que van del numeral 6.1) al 6.8), y en el Acápite "*VII. Medios Probatorios y Anexos que sustentan nuestra reconvención*" que van del numeral 7.1. al 7.8.
- Además, advirtiéndose la actuación de un medio probatorio diferido (numeral 7.6 del Acápite "*VII. Medios Probatorios y Anexos que sustentan nuestra reconvención*"), este Colegiado Unipersonal dispuso otorgar a Fouscas Trading E.I.R.L. un plazo de diez (10) días hábiles, a fin cumpliera con presentar el Informe de Cuantificación de Daños y Perjuicios.
8. Posteriormente, con escrito N° 2 de fecha 15 de junio de 2016, Fouscas Trading E.I.R.L. presentó su Informe de Cuantificación de Daños y Perjuicios; por lo que,

mediante Resolución N° 8, este Colegiado Unipersonal dispuso tener presente el Informe presentada, el cual se corrió traslado al Ministerio Público, con la finalidad que la revisara y estudiara, y en caso lo consideraba conveniente, formulara sus observaciones.

9. De la misma manera, con escrito N° 3 de fecha 15 de junio de 2016, Fouscas Trading E.I.R.L. solicitó la modificación de la cuarta pretensión principal de su reconvención, y formuló una nueva pretensión de su reconvención.
10. En relación a lo anterior, mediante Resolución N° 9, el Árbitro Único dispuso modificar la cuarta pretensión principal de la reconvención y el quinto punto controvertido, los cuales quedarían redactados conforme a lo siguiente:

"Cuarta Pretensión Principal: Que el árbitro ordene al MINISTERIO PÚBLICO cumpla con el pago de las facturas impagas por la suma total de S/. 100,098.00 (Cien Mil Noventa y Ocho con 00/100 Soles), más intereses legales correspondientes devengados y por devengarse hasta su efectiva cancelación"

"5. Quinto Punto Controvertido: Determinar si corresponde o no ordenar al Ministerio Público cumpla con el pago de las facturas impagas por la suma total de S/. 100,098.00 (Cien Mil Noventa y Ocho y 00/100 Soles), más intereses legales correspondientes devengados y por devengarse hasta su efectiva cancelación."

11. Igualmente, en la mencionada Resolución N° 9, se dispuso otorgar al Ministerio Público un plazo de cinco (5) días hábiles, con la finalidad de que expresara lo conveniente a su derecho respecto a la solicitud de acumulación de pretensión de la reconvención.
12. Con escrito N° 3 de fecha 1 de julio de 2016, el Ministerio Público formuló reconsideración frente a lo dispuesto en el Resolutivo Segundo de la Resolución N° 9; recurso que se declaró infundado mediante la Resolución N° 11.
13. De igual manera, con escrito N° 4 de fecha 8 de julio de 2016, el Ministerio Público formuló observaciones frente al Informe de Cuantificación de Daños y Perjuicios presentado por Fouscas Trading E.I.R.L.; observaciones que se

corrieron traslado a Fouscas Trading E.I.R.L mediante Resolución N° 12, con la finalidad que en el plazo de diez (10) días hábiles, cumpliera con absolverlas.

14. De la misma manera, mediante Resolución N° 13, este Colegiado Unipersonal tuvo por admitida la solicitud de de acumulación de pretensión de la reconvencción formulada por la empresa Fouscas Trading E.I.R.L. en su escrito de fecha 1 de julio de 2016; por lo que, se otorgó a Fouscas Trading E.I.R.L. un plazo de diez (10) días hábiles, para que presentara su escrito de reconvencción acumulada.
15. Asimismo, con escrito de fecha 26 de julio de 2016, Fouscas Trading E.I.R.L. cumplió con presentar su absolución a las observaciones formuladas por el Ministerio Público; respecto de ello, mediante Resolución N° 15, este Colegiado Unipersonal tuvo presente la absolución a las observaciones del Informe de Cuantificación de Daños y Perjuicios; además, citó a ambas partes y al perito Fernando Centeno Silva a la Audiencia de Sustentación de Pericia Contable de Parte la misma que se realizaría el día 22 de agosto de 2016 a las 12:00 horas.
16. En el día y hora señalados, se realizó la Audiencia de Sustentación de Pericia Contable de Parte, con la presencia de ambas partes y del Perito Fernando Centeno Silva. En dicha Audiencia, se emitió la Resolución N° 16, por la cual se admitió a trámite la reconvencción acumulada presentada por Fouscas Trading E.I.R.L., la cual se corrió traslado al Ministerio Público, para que en el plazo de diez (10) días hábiles, la contestara.
17. Con escrito de fecha 6 de setiembre de 2016, el Ministerio Público cumplió con presentar su escrito de contestación a la reconvencción acumulada, la cual se admitió a trámite mediante Resolución N° 19; además, se citó a ambas partes a la Audiencia de Conciliación, Determinación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios de la Reconvencción Acumulada, la cual se realizaría el día 22 de setiembre de 2016 a las 12:00 horas, en la sede del arbitraje.
18. En el día y hora señalados, se llevó a cabo la Audiencia de Conciliación, Determinación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios de la Reconvencción Acumulada con la asistencia de ambas partes, no pudiendo arribarse a una conciliación entre las mismas; por lo que, se procedió a fijar los puntos controvertidos respecto de cada una de las pretensiones planteadas en

la reconvención acumulada, frente a los cuales las partes manifestaron su asentimiento. Estos fueron fijados de la siguiente manera:

De la reconvención acumulada presentada por Fouscas Trading E.I.R.L.

8. Octavo Punto Controvertido: *Determinar si corresponde o no reliquidar los montos de las penalidades de los meses de marzo, abril y mayo de 2015 impuestas a Fouscas Trading E.I.R.L.*

9. Noveno Punto Controvertido: *En caso se declare fundado el octavo punto controvertido, determinar si corresponde o no que el Ministerio Público devuelva a Fouscas Trading E.I.R.L. la suma de S/. 34,070.97 (Treinta y Cuatro Mil Setenta y 97/100 Soles).*

19. De igual manera, en la referida Audiencia, se admitieron los medios probatorios ofrecidos por Fouscas Trading E.I.R.L. en su escrito de reconvención acumulada con fecha 16 de agosto de 2016, incluidos en el acápite "*Medios Probatorios que sustentan nuestra séptima pretensión reconvencional*" que corresponden al numeral 1.1) y 1.2).

20. De la misma manera, se admitieron los medios probatorios ofrecidos por el Ministerio Público en su escrito de contestación de reconvención acumulada con fecha 6 de setiembre de 2016, incluidos en el acápite "*V. Medios Probatorios*" que corresponden al numeral 1) y 1.2).

21. Luego, mediante Resolución N° 21, este Colegiado Unipersonal dispuso actuar un medio probatorio de oficio, el cual correspondía a la presentación de las Bases Integradas del Contrato N° 09-2014-LP-FN-GG-GECLOG; requerimiento que se dejó sin efecto mediante Resolución N° 23.

22. Así también, mediante Resolución N° 24, el Árbitro Único citó a ambas partes a la Audiencia de Informes Orales, la misma que se realizaría el día 23 de noviembre de 2016 a las 04:00 p.m., en la sede del arbitraje; además, concedió a ambas partes un plazo para que presentaran sus alegatos escritos y conclusiones finales.

23. Con escrito de fecha 2 de diciembre de 2016, Fouscas Trading E.I.R.L. cumplió con presentar sus alegatos escritos y conclusiones finales; igualmente, el

Ministerio Público, con escrito de fecha 8 de diciembre de 2016, presentó sus alegatos escritos y conclusiones finales, adjuntando documentación que sustentaría su posición.

24. Sobre lo anterior, mediante Resolución N° 26, este Colegiado Unipersonal tuvo por presentados los alegatos escritos y conclusiones finales de ambas partes; además, dispuso otorgar a la empresa Fouscas Trading E.I.R.L. un plazo para que expresara lo conveniente a su derecho respecto a la documentación presentada por el Ministerio Público en su escrito de fecha 8 de diciembre de 2016.
25. De otro lado, en el día y hora señalados se realizó la Audiencia de Informes Orales, con la asistencia de ambas partes. En la mencionada Audiencia, se emitió la Resolución N° 27, en la cual se tuvo presente la absolución de la empresa Fouscas Trading E.I.R.L. respecto a la documentación presentada por la demandada; corriéndose traslado del mismo al Ministerio Público, con la finalidad que expresara lo conveniente a su derecho.
26. Ahora, mediante Resolución N° 29, este Colegiado Unipersonal tuvo presente la absolución del Ministerio Público, respecto a lo manifestado por la empresa Fouscas Trading E.I.R.L.; además, se otorgó a esta última un plazo para que expresara lo conveniente a su derecho respecto a la documentación adjunta en el escrito del Ministerio Público de fecha 30 de noviembre de 2016.
27. En relación a lo anterior, mediante Resolución N° 30, se dispuso admitir a trámite los medios probatorios ofrecidos por el Ministerio Público en sus escritos de fechas 8 y 30 de noviembre de 2016, respectivamente.
28. A continuación, en la Resolución N° 33, se declaró el cierre de la instrucción, y en tal sentido, se declaró que el presente arbitraje se encontraba en estado para laudo, fijándose el plazo para laudo en treinta (30) días hábiles, los cuales podían ser prorrogados en treinta (30) días hábiles adicionales, en caso así lo considerara el Árbitro Único.

III. CONSIDERACIONES DEL ÁRBITRO ÚNICO

1.- CUESTIONES PRELIMINARES

Antes de entrar a analizar la materia controvertida, corresponde confirmar lo siguiente:

- (i) Que, el Árbitro Único se constituyó de conformidad con el convenio arbitral suscrito por las partes.
- (ii) Que, en momento alguno se recusó al Árbitro Único, o se impugnó o reclamó contra las disposiciones de procedimiento dispuestas en el Acta de Instalación.
- (iii) Que, el Ministerio Público presentó su demanda, su contestación a la reconvencción y su contestación a la reconvencción acumulada, dentro de los plazos dispuestos.
- (iv) Que, Fouscas Trading E.I.R.L fue debidamente emplazada con la demanda y presentó su contestación de demanda y reconvencción dentro de los plazos establecidos; presentando además, su reconvencción acumulada.
- (v) Que, las partes tuvieron plena oportunidad para ofrecer y actuar todos sus medios probatorios, así como la facultad de presentar alegatos o solicitar el uso de la palabra para informar oralmente ante el Árbitro Único.
- (vi) Que, de conformidad con las reglas establecidas en el Acta de Instalación del Árbitro Único, las partes han tenido la oportunidad suficiente de plantear el recurso de reconsideración contra cualquier resolución distinta al laudo emitida en el presente proceso arbitral, que se hubiere dictado con inobservancia o infracción de una regla contenida en el Acta de Instalación, una norma de la Ley, del Reglamento o del Decreto Legislativo N° 1071, habiéndose producido la renuncia al derecho a objetar conforme lo señala la misma Acta de Instalación.
- (vii) Que, el Árbitro Único ha procedido a laudar dentro de los plazos aceptados por las partes.

2.- MATERIA CONTROVERTIDA

De acuerdo con lo establecido en las dos (2) Audiencias de Conciliación, Determinación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios de fechas 2 de junio y 22 de setiembre de 2016, respectivamente, en el presente caso, corresponde al Árbitro Único determinar lo siguiente en base a los puntos controvertidos fijados en el presente arbitraje.

Siendo que el presente arbitraje es uno de derecho, corresponde al Árbitro Único pronunciarse respecto de cada uno de los puntos controvertidos teniendo en cuenta el mérito de la prueba aportada al proceso, para determinar, en base a la valoración conjunta de ella, las consecuencias jurídicas que, de acuerdo a derecho, se derivan para las partes en función de lo que haya sido probado o no en el marco del proceso. Debe destacarse que la carga de la prueba corresponde a quien alega un determinado hecho para sustentar o justificar una determinada posición, de modo que logre crear certeza en el árbitro respecto de tales hechos.

Asimismo, debe tenerse en cuenta, en relación a las pruebas aportadas al arbitraje que en aplicación del Principio de "Comunidad o Adquisición de la Prueba", las pruebas ofrecidas por las partes, desde el momento que fueron presentadas y admitidas como medios probatorios, pasaron a pertenecer al presente arbitraje y, por consiguiente, pueden ser utilizadas para acreditar hechos que incluso vayan en contra de los intereses de la parte que la ofreció. Ello concuerda con la definición de dicho principio que establece que:

*"(...) la actividad probatoria no pertenece a quien la realiza, sino, por el contrario, se considera propia del proceso, por lo que debe tenerse en cuenta para determinar la existencia o inexistencia del hecho a que se refiere, independientemente de que beneficie o perjudique los intereses de la parte que suministró los medios de prueba o aún de la parte contraria. La prueba pertenece al proceso y no a la parte que lo propuso o lo proporcionó"*¹

El Árbitro Único deja constancia que al emitir el presente laudo arbitral ha valorado la totalidad de medios probatorios ofrecidos y admitidos a trámite en el proceso arbitral valiéndose de las reglas de la sana crítica o apreciación razonada, siendo que la no indicación expresa a alguno de los medios

¹ TARAMONA HERNÁNDEZ., José Rubén. "Medios Probatorios en el Proceso Civil". Ed.: Rodhas, 1994, p. 35.

probatorios obrantes en autos o hechos relatados por las partes no significa de ningún modo que tal medio probatorio o tal hecho no haya sido valorado; por lo que, este Colegiado Unipersonal deja establecido que en aquellos supuestos en los que este laudo arbitral hace referencia a algún medio probatorio o hecho en particular, lo hace atendiendo a su estrecha vinculación, trascendencia, utilidad y pertinencia que a criterio del Árbitro Único tuviere respecto de la controversia materia de análisis.

Adicionalmente debe precisarse que, los puntos controvertidos constituyen una referencia para el análisis que debe efectuar este Colegiado Unipersonal, pudiendo en consecuencia realizar un análisis conjunto de los mismos en aquellos casos en los que se encuentren íntimamente ligados; por lo que, en ese sentido, el Árbitro Único considera que el análisis debe realizarse de acuerdo a la forma siguiente:

2.1 PRIMER Y SEGUNDO PUNTOS CONTROVERTIDOS

Determinar si corresponde o no declarar la nulidad o invalidez de la Resolución del Contrato N° 09-2014-LP-MP-FN-GG-GELOCG efectuada por Fouscas Trading E.I.R.L., debido a que no cumplió con sustentar la causal de resolución establecida en el artículo 168° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado

Determinar si corresponde o no declarar que el contrato se encuentra debidamente resuelto por Fouscas Trading E.I.R.L. ante el incumplimiento del Ministerio Público

POSICIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO

En relación al primer punto controvertido, el Ministerio Público manifiesta que, con fecha 23 de octubre de 2014, suscribió el Contrato N° 09-2014-LP-MP-FN-GG-GELOG para la "Adquisición de leche entera evaporada", con la empresa Fouscas Trading E.I.R.L., por el monto ascendente a S/. 1'512,234.00 (Un Millón Quinientos Doce Mil Doscientos Treinta y Cuatro y 00/100 Soles) incluido el I.G.V., bajo el sistema a suma alzada; habiéndose determinado que el plazo de entrega en forma parcial por un periodo de 12 meses computados a partir del día siguiente de suscrito el contrato.

De la misma manera, indica el Ministerio Público que mediante Carta Notarial N° 36805 de fecha 15 de abril de 2015, se le apercibió para que cumpliera con sus obligaciones contractuales esenciales dentro del plazo de cinco (5) días calendario, debiendo efectuarse el pago de las facturas N° 001-0017022, 001-0017068, 001-0017070, 001-0017072, 001-0017078 y 001-0017079 por el monto ascendente a S/. 23,517.00 (Veintitrés Mil Quinientos Diecisiete y 00/100 Soles); caso contrario se procedería a resolver el contrato.

Asimismo, el Ministerio Público refiere que mediante Carta Notarial N° 003-2015-MP-FN-GECLOG de fecha 21 de abril de 2015, respondió el apercibimiento efectuado por la empresa Fouscas Trading E.I.R.L. comunicando la plena voluntad de dicha parte en efectuar el pago de la deuda pendiente, prosiguiendo con los procedimientos administrativos que conllevarían a la pronta cancelación del monto exigido, y por ende, dar cumplimiento de los términos pactados en el contrato.

De igual forma, manifiesta el Ministerio Público que mediante Carta Notarial N° 37104 de fecha 08 de mayo de 2015, recibida por dicha parte el día 11 de mayo de 2015, la empresa Fouscas Trading E.I.R.L. le comunicó que al no haber encontrado satisfactoria la respuesta efectuada por la demandada, procedía a la resolución del contrato, solicitando el pago pendiente así como los intereses legales generados.

En relación a lo anterior, el Ministerio Público señala que en el Informe Técnico N° 231-2015-MP-FN-GG-GECLOG-GEA, elaborado por la Gerencia Central de Logística, se determinó que no se efectuó el pago que correspondía al mes de noviembre de 2014 al Distrito Fiscal de Ancash, así como en el mes de diciembre de 2014 en los distritos fiscales de Moquegua, Ica, Loreto, Tacna y Tumbes, por motivos en la demora en la remisión de la documentación necesaria para efectuar el trámite del pago conforme a lo informado por la Sub Gerencia de Almacén.

Además, refiere el Ministerio Público que conforme a lo establecido en la Ley N° 28411 "Ley General de Presupuesto" y la Ley N° 28693 "Ley General del Sistema de Tesorería", los devengados solo pueden realizarse hasta el 31 de diciembre de cada ejercicio presupuestal, estando que en el presente caso las conformidades de la entrega de productos, fueron recibidos en el mes de enero de 2015, por lo que no habría sido posible realizar el devengado respectivo.

Ahora bien, el Ministerio Público precisa que para que proceda el reconocimiento de la deuda con la empresa Fouscas Trading E.I.R.L., es necesario observar el procedimiento establecido en el Reglamento del Procedimiento Administrativo, que corresponde al Reconocimiento y Abono de Créditos Internos y Devengados a cargo del Estado, y que establece que el organismo deudor, previos los informes técnicos y jurídicos internos, con indicación de la conformidad del cumplimiento de la obligación en los casos de adquisiciones y contratos; así como las causales por las que no se abonó en el presupuesto correspondiente; resolverá denegando y/o reconociendo el crédito y ordenando su abono con cargo al presupuesto del ejercicio vigente.

En tal sentido, el Ministerio Público concluye que al tratarse de una obligación contraída en el ejercicio 2014, demandaría un tiempo prudencial para que realice los trámites administrativos conducentes al reconocimiento de pago mediante Resolución de Gerencia General.

Por otro lado, respecto al segundo punto controvertido, el Ministerio Público manifiesta que la demora en el pago de los meses de noviembre de 2014 al distrito fiscal de Ancash, así como en el mes de diciembre de 2014 en los distritos fiscales de Moquegua, Ica, Loreto, Tacna y Tumbes se debió a la remisión de la documentación en forma tardía, y que habría sido necesaria para efectuar el trámite del pago conforme a lo informado por la Sub Gerencia de Almacén.

Así, indica el Ministerio Público que, de acuerdo a la Ley N° 28411 – “Ley General de Presupuesto” y Ley N° 28693 – “Ley General del Sistema de Tesorería”, los devengados solo pueden realizarse hasta el 31 de diciembre de cada ejercicio presupuestal, estando que en el presente caso en tanto las conformidades de la entrega de productos fueron recibidas en el mes de enero de 2015, no fue posible realizar el devengado respectivo.

En ese contexto, el Ministerio Público señala que para el reconocimiento de la presente deuda era necesario observar el procedimiento establecido en el Reglamento del Procedimiento Administrativo para el Reconocimiento y Abono de Créditos Internos y Devengados a cargo del Estado, toda vez que correspondería a una obligación contraída en el ejercicio 2014.

POSICIÓN DE FOUSCAS TRADING E.I.R.L.

Fouscas Trading E.I.R.L. advierte que la demandante manifiesta que la resolución contractual obrada por dicha parte sería nula o inválida por cuanto *"no [ha] cumplido con sustentar la causal de resolución establecida en el artículo 168° in fine causales de resolución por incumplimiento del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado"*

Asimismo, indica Fouscas Trading E.I.R.L. que lo señalado por el Ministerio Público no se condice con la realidad de los hechos, toda vez que tanto en la Carta Notarial N° 36805 (Carta Intimatoria) y en la Carta Notarial N° 37104 (Carta Resolutoria) e incluso en la Contestación a la Petición de Arbitraje, hacen expresa mención a que la resolución contractual obrada por el CONTRATISTA responde a la causal de incumplimiento contractual atribuible a la demandada.

De la misma manera, Fouscas Trading E.I.R.L. señala que la doctrina especializada es pacífica al señalar que el pago de la contraprestación es la primera de las obligaciones esenciales que tiene toda Entidad con un Contratista; por lo que, al haberle dicha parte requerido al Ministerio Público el pago de la contraprestación debida, lo que también hizo fue intimarle al cumplimiento de las obligaciones que tiene a su cargo.

Finalmente, refiere Fouscas Trading E.I.R.L. que la normativa de Contrataciones del Estado no exige que dentro del texto de la carta intimatoria o dentro del texto de la carta resolutoria se haga mención textual al artículo 168° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, sino que la ley exige que la parte que si ha cumplido con su obligación contractual requiera a la parte incumplida la satisfacción o cumplimiento de la obligación que tenga a su cargo, bajo apercibimiento de resolver el contrato.

Sobre el segundo punto controvertido, Fouscas Trading E.I.R.L. manifiesta que la Ley de Contrataciones del Estado y el Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado han establecido cuales son las situaciones concretas en las cuales el incumplimiento activa la resolución contractual, a fin de que ninguna de las partes utilice cualquier incumplimiento, por somero que sea, para resolver un contrato en perjuicio de la contraparte o en favor de la suya, puesto que la resolución contractual por causal se vincula íntimamente con el Principio de Transparencia que rige las Contrataciones Públicas.

Asimismo, indica Fouscas Trading E.I.R.L. que lo anterior quiere decir que la resolución contractual debe fundamentarse en criterios objetivos, y debe estar válidamente sustentada, ya que no todo incumplimiento puede ser calificado como causal de resolución, sino únicamente aquellos incumplimientos que no cuenten con justificación.

De la misma manera, Fouscas Trading E.I.R.L. refiere que una vez había cumplido con entregar el producto "leche evaporada" al Ministerio Público, así como la respectiva documentación (facturas y guías de remisión), la demandante tenía el plazo de veinticinco (25) días calendario para emitir la conformidad y proceder al pago de la contraprestación debida.

No obstante, menciona Fouscas Trading E.I.R.L. que pese a que los documentos fueron entregados por dicha parte en su debida oportunidad, el Ministerio Público no cumplió con realizar los pagos correspondientes; por lo que, mediante Carta Notarial N° 36805 de fecha 15 de abril de 2015, Fouscas Trading E.I.R.L. procedió a intimar al Ministerio Público al cumplimiento de su obligación de pago.

Respecto a lo anterior, Fouscas Trading E.I.R.L. señala que el Ministerio Público procedió, con fecha 21 de abril de 2015, a responder al requerimiento efectuado por la demandada, señalando entre otros lo siguiente:

"de las coordinaciones con la Sub Gerencia de Almacén de la Entidad [...] se tiene conocimiento que los mismos han sido remitidos a dicha Sub Gerencia en diferentes fechas de los últimos días del mes de diciembre del periodo 2014 y en algunos casos durante el mes de enero del presente año, situación que habría afectado el trámite de pago de algunas facturas a favor de vuestra representada"

Así pues, advierte Fouscas Trading E.I.R.L. que para que una resolución contractual sea "justa", es necesario que el incumplimiento derive de un mal funcionamiento del contrato a tal punto que éste (el contrato) se vuelva perjudicial para una parte, tornándose así injustificado permanecer en el vínculo contractual.

En ese sentido, Fouscas Trading E.I.R.L. expresa que es lógico realizar el siguiente cuestionamiento: ¿Le convenía a Fouscas Trading E.I.R.L. continuar con la

ejecución del contrato? Obviamente, para dicha parte, la respuesta sería no, lo que permitiría establecer que la resolución contractual efectuada por Fouscas Trading E.I.R.L. se encontraba claramente justificada, ya que el Ministerio Público venía incumpliendo con sus obligaciones de pago, pese a haber sido requeridas a la misma, conforme a lo establecido en el artículo 169° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

Finalmente, respecto al procedimiento para la resolución de contrato, Fouscas Trading E.I.R.L. manifiesta que ha cumplido con rígido procedimiento establecido en el Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, enviando para tales efectos su Carta Notarial N° 36805, la cual constituiría su primera comunicación, esto es, la "carta intimatoria", para posteriormente, y ante el incumplimiento del Ministerio Público, cumplir con remitir su segunda comunicación, la Carta Notarial N° 37104, mediante la cual resolvió el contrato.

POSICIÓN DEL ÁRBITRO ÚNICO

En primer lugar, este Colegiado Unipersonal ha considerado conveniente realizar un análisis conjunto del primer y segundo puntos controvertidos, ello debido a que, en ambos, la controversia principal a dilucidar es la validez o no de la resolución de contrato efectuada por Fouscas Trading E.I.R.L.

En atención a ello, la resolución del Contrato N° 09-2014-LP-MP-FN-GG-GECLOG, celebrado entre las partes insertas en el presente arbitraje, es producto del incumplimiento en las obligaciones esenciales del Ministerio Público, ya que dicha parte no habría efectuado el pago de las prestaciones ejecutadas por Fouscas Trading E.I.R.L. correspondientes a los meses de noviembre 2014² y diciembre de 2014³, pese a que contaban con la conformidad respectiva.

Asimismo, en los argumentos vertidos durante las actuaciones postulatorias del presente arbitraje, el Ministerio Público cuestiona la resolución de contrato debido a lo siguiente:

² El incumplimiento de pago del mes de noviembre corresponde al Distrito Fiscal de Ancash.

³ El incumplimiento de pago del mes de diciembre corresponden a los Distritos Fiscales de Moquegua, Ica, Loreto, Tacna y Tumbes.

"Al respecto, mediante el Informe Técnico N° 231-2015-MP-FN-GG-GECLOG-GEA, elaborado por la Gerencia Central de Logística, señala que no se efectuó el pago que corresponde al mes de noviembre de 2014 al Distrito Fiscal de Ancash, así como en el mes de diciembre de 2014 en los distritos Fiscales de Moquegua, Ica, Loreto, Tarma y Tumbes por motivos en la demora de la remisión de la documentación necesaria para efectuar el trámite del pago conforme a lo informado por la Sub Gerencia de Almacén. (...)

En ese contexto, cabe precisar que para que proceda el reconocimiento de la presente deuda, es necesario observar el procedimiento establecido en el Reglamento del Procedimiento Administrativo, que corresponde al Reconocimiento y Abono de Créditos Internos y Devengados a cargo del Estado, y que establece que el organismo deudor, previos los informes técnicos y jurídicos internos, con indicación de la conformidad del cumplimiento de la obligación en los casos de adquisiciones y contratos; así como las causales por las que no se abonó en el presupuesto correspondiente; resolverá denegando y/o reconociendo el crédito y ordenando su abono con cargo al presupuesto del ejercicio vigente.

En tal sentido, al tratarse de una obligación contraída en el ejercicio 2014, esta situación demanda un tiempo prudencial para realizar los trámites administrativos conducentes al reconocimiento de pago mediante Resolución de Gerencia General. (...)"

En conclusión, el Ministerio Público confirma que no cumplió con el pago de las prestaciones ejecutadas por Fouscas Trading E.I.R.L.; sin embargo, precisa que la demora en el pago se debe a que nos encontramos ante una obligación contraída en un ejercicio fiscal anterior, lo cual conllevaría a realizar trámites administrativos (Reconocimiento y Abono de Créditos Internos y Devengados) para el pago respectivo.

Entonces, ¿la demora en el pago por parte del Ministerio Público se debe a una causal que exime su responsabilidad por la tardanza en el cumplimiento de su obligación esencial? Esto es, en otras palabras, ¿que la obligación haya sido contraída en un ejercicio fiscal anterior es causa justificante para que el Ministerio

Público demore en el pago de las prestaciones ejecutadas por Fouscas Trading E.I.R.L.?

Respecto a las interrogantes formuladas, es importante señalar que al momento de la convocatoria de un proceso de selección que se encuentre regido bajo la normativa de Contrataciones del Estado, la Entidad contratante tendrá que cumplir con ciertos requisitos, entre los cuales se encuentra contar con el Expediente de Contratación debidamente aprobado, el cual incluirá la fuente de financiamiento y la disponibilidad de recursos⁴.

De la misma manera, en caso la Entidad contratante advierta que el objeto del contrato (la prestación del contratista) se ejecutará en más de un ejercicio presupuestario (entendiéndose ello como ejercicio fiscal), deberá efectuar la reserva durante los ejercicios presupuestarios correspondientes con la finalidad que cumpla con su obligación esencial, esto es, el pago por la prestación ejecutada⁵.

De igual forma, cabe destacar además que la Dirección Técnica Normativa del OSCE en la Opinión N° 009-2013/DTN señala respecto de la Disponibilidad Presupuestal en orden a garantizar el pago de las obligaciones de parte de la contratante, lo siguiente:

" (...) Precisado lo anterior, debe indicarse que el artículo 12 de la Ley, en su primer párrafo, establece que es requisito para convocar un proceso de selección que el expediente de contratación aprobado incluya la disponibilidad de recursos y su fuente de financiamiento; precisándose en su segundo párrafo que pueden efectuarse procesos de selección cuya ejecución contractual se prolongue por más de un (1) ejercicio

⁴ Primer Párrafo del Artículo 12° de la Ley de Contrataciones del Estado

Es requisito para convocar a proceso de selección, bajo sanción de nulidad, que el mismo esté incluido en el Plan Anual de Contrataciones y cuente con el Expediente de Contratación debidamente aprobado conforme a lo que disponga el Reglamento, el mismo que incluirá la disponibilidad de recursos y su fuente de financiamiento, así como las Bases debidamente aprobadas, salvo las excepciones establecidas en el Reglamento.

⁵ Segundo Párrafo del Artículo 12° de la Ley de Contrataciones del Estado

Se podrán efectuar procesos cuya ejecución contractual se prolongue por más de un (1) ejercicio presupuestario, en cuyo caso deberá adoptarse la debida reserva presupuestaria en los ejercicios correspondientes, para garantizar el pago de las obligaciones.

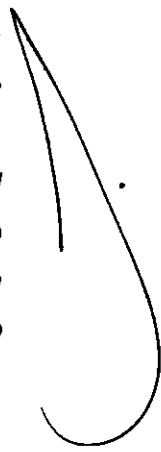
presupuestario, siempre que se adopte la debida reserva presupuestaria en los ejercicios correspondientes, a fin de garantizar el pago de las obligaciones.

(...) Como se aprecia, la normativa de contrataciones del Estado vigente requiere que antes de convocar un proceso de selección, se solicite al área de presupuesto de la Entidad, o la que haga sus veces, la disponibilidad presupuestal a fin de garantizar que se cuenta con el crédito presupuestario suficiente para comprometer el gasto durante el ejercicio fiscal en curso, y así poder cumplir con las obligaciones de pago que se deriven de la contratación.

Adicionalmente, el segundo párrafo del artículo 18 del Reglamento precisa que: "Para otorgar la disponibilidad presupuestal debe observarse lo señalado en el numeral 5 del artículo 77º de la Ley Nº 28411, Ley del Sistema Nacional de Presupuesto y modificatorias."

Así, el numeral 5) del artículo 77 del Texto Único Ordenado de la Ley Nº 28411, aprobado mediante Decreto Supremo Nº 304-2012-EF, establece que "Para efecto de la disponibilidad de recursos y la fuente de financiamiento para convocar procesos de selección, a que se refiere el artículo 12 del Decreto Legislativo Nº 1017, Ley de Contrataciones del Estado, se tomará en cuenta la certificación del gasto correspondiente al año fiscal en curso y, en el caso de ejecuciones contractuales que superen el año fiscal, el documento suscrito por el jefe de la Oficina General de Administración o el que haga sus veces en el pliego presupuestario, que garantice la programación de los recursos suficientes para atender el pago de las obligaciones en los años fiscales subsiguientes.

Por su parte, el numeral 5) del artículo 77 del Texto Único Ordenado de la Ley Nº 28411, precisa que para efectos de otorgar la disponibilidad de recursos y la fuente de financiamiento para convocar procesos de selección, se tomará en cuenta la certificación del gasto correspondiente al año fiscal en curso y, en el caso de ejecuciones contractuales que superen el año fiscal, debe contarse con el documento suscrito por el Jefe de la Oficina General de Administración, o el que haga sus veces en el pliego



presupuestario, que garantice la programación de los recursos suficientes para atender el pago de las obligaciones en los años fiscales subsiguientes."

En ese sentido, puede concluirse que la Entidad contratante tiene la obligación de contar con un presupuesto específico para cada uno de los procesos de selección que convoque, siendo que este presupuesto deberá contar con una reserva en caso la ejecución de la prestación se realice en más de un ejercicio presupuestario.

Esto es, toda Entidad contratante siempre contará con un presupuesto que le permita cumplir con el pago por las prestaciones ejecutadas, sin importar si dichas obligaciones se contrajeron en un ejercicio presupuestario (ejercicio fiscal) anterior, ello debido a que la obligación esencial de la Entidad es el cumplimiento en el pago de la contraprestación acordada en el Contrato.

Entonces, para este Colegiado Unipersonal, el hecho que la prestación de Fouscas Trading E.I.R.L. se haya ejecutado en un ejercicio presupuestario anterior (2014) no es fundamento suficiente para que el Ministerio Público no cumpla con el pago en el ejercicio presupuestario posterior (2015), pues dicha Entidad debe contar con la reserva establecida en el artículo 12° de la Ley de Contrataciones del Estado, esto es, es responsabilidad del Ministerio Público contar con el presupuesto especial para cumplir su obligación esencial derivada del presente contrato (pago por la contraprestación).

Estando a lo señalado en párrafos precedentes, este Colegiado Unipersonal concluye que no existe causal eximente que justifique el incumplimiento por parte del Ministerio Público en el pago por la prestación ejecutada por Fouscas Trading E.I.R.L.; con lo que, no corresponde declarar la invalidez de la resolución de contrato efectuada por la demandada, en otras palabras, el Contrato N° 09-2014-LP-MP-FN-GG-GECLOG se encuentra debidamente resuelto.

Por lo tanto, este Colegiado Unipersonal resuelve INFUNDADO el Primer Punto Controvertido, y en consecuencia, no corresponde declarar la nulidad o invalidez de la Resolución del Contrato N° 09-2014-LP-MP-FN-GG-GELOCG efectuada por Fouscas Trading E.I.R.L., debido a que no habría cumplido con sustentar la causal de resolución establecida en el artículo 168° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

De la misma manera, este Colegiado Unipersonal resuelve FUNDADO el Segundo Punto Controvertido, y en consecuencia, corresponde declarar que el contrato se encuentra debidamente resuelto por Fouscas Trading E.I.R.L. ante el incumplimiento del Ministerio Público.

2.2 TERCER PUNTO CONTROVERTIDO

Determinar si corresponde o no ordenar la devolución de la Carta Fianza de Fiel Cumplimiento emitida por Fouscas Trading E.I.R.L. a favor del Ministerio Público ascendente a la suma de S/. 151,232.40 (Ciento Cincuenta y Un Mil Doscientos Treinta y Dos y 40/100 Soles)

POSICIÓN DE FOUSCAS TRADING E.I.R.L.

Fouscas Trading E.I.R.L. expresa que las garantías que se le han requerido tienen por finalidad asegurar la correcta ejecución y el cumplimiento del contrato; siendo que en el caso de la Garantía de Fiel Cumplimiento, dicha parte habría procedido a solicitar a la empresa Mapfre Perú Compañía de Seguros y Reaseguros la emisión de la Carta Fianza N° 7101410101400-00 hasta por la suma ascendente de S/. 151,232.40 (Ciento Cincuenta y Un Mil Doscientos Treinta y Dos y 40/100 Soles), la misma que se encontraría vigente y en poder del Ministerio Público.

Así, indica Fouscas Trading E.I.R.L. que nos encontramos ante un contrato que ha sido válidamente resuelto por causa imputable al Ministerio Público, por lo que a la fecha no existiría obligación contractual que deba la demandante asegurar, es por ello que resultaría inevitable que la demandada devuelva la Garantía de Fiel Cumplimiento.

POSICIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Ministerio Público manifiesta que la Carta Fianza N° 7101410101400-00 emitida por MAPFRE PERÚ por un monto de S/. 151,232.40 (Ciento Cincuenta y Un Mil Doscientos Treinta y Dos y 40/100 Soles) que garantiza el fiel cumplimiento del contrato derivado de la Licitación Pública N° 002-2014-MPFN, tiene una vigencia hasta el 9 de octubre de 2016, la misma que no ha sido ejecutada, en tanto es la empresa quien procedió con la resolución de contrato por presunto incumplimiento de obligación contractual atribuido al Ministerio Público.

POSICIÓN DEL ÁRBITRO ÚNICO

En primer lugar, las garantías establecidas en la normativa de Contrataciones del Estado cuentan con una doble función, por un lado, sirven para intimar a la contratista que cumpla con ejecutar la prestación de manera correcta y en el plazo determinado, esto es, tienen una finalidad compulsiva, y por otro lado, sirven para resarcir a la Entidad ante los posibles daños que hubiere sufrido por el incumplimiento del contratista, esto es, tienen una finalidad resarcitoria.

En esa misma línea, el Organismo Supervisor de Contrataciones del Estado (OSCE), en la Opinión N° 036-2015/DTN de fecha 6 de marzo de 2015, respecto a las garantías, señala lo siguiente:

"Sin perjuicio de ello, es importante recordar que las garantías cumplen una doble función: compulsiva y resarcitoria. Es compulsiva, pues lo que pretenden es compeler u obligar al contratista a cumplir con todas sus obligaciones contractuales, bajo apercibimiento de ser ejecutadas por la Entidad. Asimismo, es resarcitoria, pues lo que se pretende con su ejecución es indemnizar a la Entidad por los eventuales daños que haya sufrido debido al incumplimiento del contratista."

Como podemos apreciar las garantías son una protección a favor de la Entidad ante posibles incumplimientos por parte del Contratista, siendo que la Garantía de Fiel Cumplimiento no es una excepción a lo señalado, puesto que esta *tiene como objetivo respaldar el correcto cumplimiento por parte del contratista, de todas las obligaciones que asumió frente a la Entidad, según lo estipulado en el contrato y lo dispuesto en las Bases integradas y la oferta ganadora*⁶.

De la misma manera, debemos tener en cuenta que de conformidad con el artículo 164° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, la Entidad tiene la potestad de ejecutar la totalidad de la Garantía de Fiel Cumplimiento emitida por el Contratista, siempre que cuente con una resolución de contrato consentida o

⁶ Definición esgrimida por el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE). Disponible en: http://www.osce.gob.pe/consu/code/userfiles/image/cap2_m4a.pdf.

determinada vía laudo arbitral, y que dicha resolución sea producto de un incumplimiento por parte del Contratista⁷.

Ahora, es importante recordar que conforme a lo analizado y determinado en puntos controvertidos precedentes, este Colegiado Unipersonal ha declarado la validez de la resolución de contrato efectuada por Fouscas Trading E.I.R.L., producto del incumplimiento de la obligación esencial del Ministerio Público.

En otras palabras, en el presente caso, no se ha producido incumplimiento alguno por parte de Fouscas Trading E.I.R.L. que haya producido la resolución de contrato, sino que esta última (la resolución de contrato) es producto de un incumplimiento del Ministerio Público; circunstancia que no permitiría al Ministerio Público la ejecución de la Garantía de Fiel Cumplimiento.

Además, conforme se indicara previamente, es importante tener presente que la finalidad de la Carta Fianza es asegurar el cumplimiento por parte del acreedor de su obligación, tal cual se refiere en lo siguiente:

"A través de la Carta Fianza, el fiador garantiza el cumplimiento de una obligación ajena frente al acreedor; en esa medida, si el deudor incumple sus obligaciones, el fiador asume la obligación de pago.

Así en el marco de las contrataciones del Estado, la Carta Fianza garantiza el cumplimiento de una obligación ajena que tiene su origen en la relación deudor- acreedor o proveedor – Estado"

En relación a lo anterior, teniendo en cuenta que resolución de contrato produce la extinción de las prestaciones de ambas partes, la finalidad o motivo por el que se requiere una Garantía de Fiel Cumplimiento pierde toda relevancia para la relación

⁷ **Numeral 2 del Artículo 164° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado**

Las garantías se ejecutarán a simple requerimiento de la Entidad en los siguientes supuestos:

(...) 2. La garantía de fiel cumplimiento y la garantía adicional por el monto diferencial de propuesta se ejecutarán, en su totalidad, sólo cuando la resolución por la cual la Entidad resuelve el contrato por causa imputable al contratista, haya quedado consentida o cuando por laudo arbitral consentido y ejecutoriado se declare procedente la decisión de resolver el contrato. (...)

contractual de las partes del presente arbitraje, puesto ya no existirían prestaciones que deban ser ejecutadas por parte de Fouscas Trading E.I.R.L.

De esta manera, a los argumentos vertidos en los párrafos precedentes, corresponde la devolución a favor de Fouscas Trading E.I.R.L. de la Carta Fianza de Fiel Cumplimiento.

Por lo tanto, este Colegiado Unipersonal resuelve FUNDADO el presente punto controvertido, y en consecuencia, corresponde ordenar la devolución de la Carta Fianza por Garantía de Fiel Cumplimiento emitida por Fouscas Trading E.I.R.L. a favor del Ministerio Público ascendente a la suma de S/. 151,232.40 (Ciento Cincuenta y Un Mil Doscientos Treinta y Dos y 40/100 Soles).

2.3 CUARTO, OCTAVO Y NOVENO PUNTOS CONTROVERTIDOS

Determinar si corresponde o no ordenar la reliquidación de penalidades, conforme a la fórmula contractualmente establecida, y en consecuencia, se ordene la devolución a favor de Fouscas Trading E.I.R.L. la suma ascendente a S/. 62,209.44 (Sesenta y Dos Mil Doscientos Nueve y 44/100 Soles)

Determinar si corresponde o no reliquidar los montos de las penalidades de los meses de marzo, abril y mayo de 2015 impuestas a Fouscas Trading E.I.R.L.

En caso se declare fundado el octavo punto controvertido, determinar si corresponde o no que el Ministerio Público devuelva a Fouscas Trading E.I.R.L. la suma de S/. 34,070.97 (Treinta y Cuatro Mil Setenta y 97/100 Soles)

POSICIÓN DE FOUSCAS TRADING E.I.R.L.

En relación al Cuarto Punto Controvertido, Fouscas Trading E.I.R.L. indica que el Ministerio Público mantendría en su poder una suma ascendente a S/. 74,651.40 (Setenta y Cuatro Mil Seiscientos Cincuenta y Uno y 40/100 Soles), por aplicación de penalidades.

Sin embargo, refiere Fouscas Trading E.I.R.L. que el cálculo de dicha penalidad no se ajusta a lo establecido en el contrato y en la normativa de Contrataciones del Estado; por lo que, corresponde el reajuste de la penalidad conforme al contrato.

Así pues, Fouscas Trading E.I.R.L. manifiesta que el cálculo de penalidades realizado por el Ministerio Público tendría un error en lo que respecta al criterio "plazo en días", toda vez que utiliza el "plazo de entrega del producto" en vez de utilizar el "plazo de la prestación parcial incumplida".

De la misma manera, señala Fouscas Trading E.I.R.L. que el plazo que fue incumplido corresponde a la entrega parcial al mes de noviembre, con lo que el "plazo en días" asciende a treinta (30) días, toda vez que los productos objeto del contrato son entregados de manera mensual conforme al contrato.

Igualmente, Fouscas Trading E.I.R.L. advierte que en la Opinión N° 074-2012/DTN, el Organismo Supervisor de Contrataciones del Estado precisa lo siguiente:

"[...] en los contrato de "ejecución periódica", se calcula respecto del monto y plazo de la prestación parcial vigente. Es decir, respecto del monto y plazo del contrato o de la prestación parcial, según corresponda, al momento en que se aplica la penalidad".

De esta manera, tomando en cuenta la Opinión referida en el párrafo precedente, Fouscas Trading E.I.R.L. expresa que el error de cálculo generaría una abismal diferencia entre la penalidad que vendría aplicando el Ministerio Público con la que verdaderamente correspondería:

	Penalidad aplicada por el Ministerio Público	Penalidad Correspondiente
Penalidad Diaria	S/. 6,220.95	S/. 1,036.83
Penalidad por doce (12) días	S/. 74,651.40	S/. 12,441.96

Finalmente, concluye Fouscas Trading E.I.R.L. que el Ministerio Público debería cumplir con devolver la suma ascendente a S/. 62,209.44 (Sesenta y Dos Mil Doscientos Nueve y 44/100 Soles) que correspondería al monto diferencial de la penalidad que habría sido calculada erróneamente.

De otro lado, sobre el Octavo Punto Controvertido, Fouscas Trading E.I.R.L. precisa que dicha parte habría incumplido en retraso en las entregas correspondientes a los meses de marzo, abril y mayo de 2015; siendo que, conforme a la cláusula quinta del Contrato, las entregas que tiene la demandada a su cargo son de carácter mensual, por lo que *"el plazo de la prestación parcial incumplida"* por dicha parte es de treinta (30) días.

Así, refiere Fouscas Trading E.I.R.L. que a la variable *"Plazo en días"* le corresponde el plazo, en este caso en concreto, de treinta (30) días, esto es, al mes en donde se incurrió en el retraso penalizable.

Sobre lo anterior, Fouscas Trading E.I.R.L. advierte que en la Opinión N° 074-2012/DTN, el Organismo Supervisor de Contrataciones del Estado señala lo siguiente:

"[...] en los contratos de "ejecución periódica", se calcula respecto del monto y plazo de la prestación parcial vigente. Es decir, respecto del monto y plazo del contrato o de la prestación parcial, según corresponda, al momento en que se aplica la penalidad"

Con lo cual, señala Fouscas Trading E.I.R.L. que indubitablemente que la variable *"Plazo en días"* corresponde al plazo *"de la prestación vigente [...] al momento en que se aplica la penalidad"*, esto es, al mes en que se incurrió en la misma.

Finalmente, sobre el Noveno Punto Controvertido, Fouscas Trading E.I.R.L. señala que en la fórmula que aplica el Ministerio Público en sus Memorandos N° 2492-MP-FN-GG-GECLOG-GEA, N° 2809-MP-FN-GG-GECLOG-GEA y N° 2619-MP-FN-GG-GECLOG-GEA establece como variable *"Plazo en días"*, el plazo de cinco (5) días y no el plazo de treinta (30) días.

Así, refiere Fouscas Trading E.I.R.L. que la fórmula aplicada por el Ministerio Público, en comparación con la fórmula aplicada por la demandada, otorga un resultado de penalidad diaria completamente distinta y matemáticamente abismal una de otra.

En tal sentido, Fouscas Trading E.I.R.L. precisa que habiendo el Ministerio Público retenido montos mayores, por concepto de penalidad, a los que legalmente corresponde, debe proceder la demandante a devolver los montos diferenciales existentes en favor de Fouscas Trading E.I.R.L.; por lo que, corresponde devolver la suma ascendente a S/. 34,070.97 (Treinta y Cuatro Mil Setenta y 97/100 Soles).

POSICIÓN DE MINISTERIO PÚBLICO

En relación al Cuarto Punto Controvertido, el Ministerio Público señala que el cálculo para determinar la penalidad incurrida en el mes de noviembre de 2014 (Primera Entrega) por la empresa Fouscas Trading E.I.R.L. se habría efectuado en estricta observancia del procedimiento y fórmula prevista en el artículo 165° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

Así, indica el Ministerio Público que habiendo Fouscas Trading E.I.R.L. incurrido en retraso injustificado en la ejecución de la prestación correspondiente a la primera entrega (noviembre de 2014), procedió a aplicar la penalidad correspondiente, tomando en cuenta el monto de la prestación parcial, así como los días de retraso incurridos por la demandada, sin que ello hubiese implicado que el monto máximo de la penalidad por mora a aplicarse sea necesariamente el diez por ciento (10%) del monto total de la prestación parcial, conforme a la Opinión N° 138-2015/DTN.

Por otro lado, sobre el Octavo y Noveno Puntos Controvertidos, el Ministerio Público señala que efectuó el cálculo de las penalidades aplicadas en estricta observancia del procedimiento y fórmula prevista en el artículo 165° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

En ese extremo, menciona el Ministerio Público que al haber incurrido Fouscas Trading E.I.R.L. en retraso injustificado en la ejecución de la prestación correspondientes a la quinta entrega (marzo 2015) de los bienes objeto del contrato, procedió a través del Memorando N° 2492-2015-MP-FN-GG-GECLOG con efectuar el cálculo para la determinación de la penalidad a aplicarse.

Asimismo, el Ministerio Público refiere que al haber incurrido Fouscas Trading E.I.R.L. en retraso injustificado en la ejecución de la prestación correspondiente a la sexta entrega (abril 2015), se procedió mediante Memorando N° 2809-MP-FN-GG-

GECLOG-GEA con efectuar el cálculo para la determinación de la penalidad a aplicarse.

De igual manera, indica el Ministerio Público que al haber incurrido Fouscas Trading E.I.R.L. en retraso injustificado en la ejecución de la prestación correspondiente a la sétima entrega (mayo 2015), se procedió mediante Memorando N° 2619-MP-FN-GG-GECLOG-GEA con efectuar el cálculo para la determinación de la penalidad a aplicarse.

Así pues, el Ministerio Público advierte que se determina que para efectos del cálculo realizado ha tomado el monto de la prestación parcial, el plazo otorgado para la entrega del producto (5 primeros días de cada mes), así como los días de retraso que habría incurrido Fouscas Trading E.I.R.L.

Además, concluye el Ministerio Público señalando que es de importancia resaltar que contrario al análisis efectuado por Fouscas Trading E.I.R.L. para solicitar la reliquidación de la penalidad aplicada, al considerar que el cálculo de la penalidad debió efectuarse sobre 30 y no de 5 días, carecería de fundamento, toda vez que para el cálculo de la penalidad tanto el monto como el plazo se refieren al contrato, en caso que estos involucraran obligaciones de ejecución periódica, a la prestación parcial que fuera materia de retraso; por lo que, dicha parte habría considerado, para efectos del cálculo de la penalidad, el plazo por cada prestación correspondiente a los cinco (5) primeros días de cada mes.

POSICIÓN DEL ÁRBITRO ÚNICO

Este Colegiado Unipersonal ha considerado conveniente realizar un análisis conjunto del cuarto, octavo y noveno puntos controvertidos, debido a que en ellos, la controversia principal a dilucidar es si corresponde o no la reducción de las penalidades impuestas por el Ministerio Público ante el cumplimiento tardío de la prestación de Fouscas Trading E.I.R.L.

Es importante tener presente que en los argumentos vertidos en las actuaciones postulatorias, Fouscas Trading E.I.R.L. no niega que haya cumplido tardíamente las prestaciones que se encontraban a su cargo (esto es, acepta que le corresponde la aplicación de penalidades), sino que cuestiona una probable equivocación por parte del Ministerio Público al momento de utilizar la fórmula determinada en la

normativa de Contrataciones del Estado para la obtención del monto de la penalidad.

Es así que, expresamente Fouscas Trading E.I.R.L. cuestiona que el Ministerio Público, para el cálculo de las penalidades impuestas, haya aplicado el plazo para la entrega de los productos, cuando conforme a la demandada, lo que correspondería es el plazo de la prestación parcial incumplida.

Lo anteriormente señalado, puede apreciarse claramente en los argumentos vertidos en su escrito de reconvención de fecha 12 de abril de 2016:

"[Reconvención] (...) Sin embargo, el cálculo de penalidades realizado por MINISTERIO PÚBLICO yerra en lo que respecta al criterio "plazo en días" toda vez que utiliza el "plazo de entrega del producto" en vez de utilizar el "plazo de la prestación parcial incumplida" (...)

El plazo que fue incumplido por FOUSCAS fue la entrega parcial correspondiente al mes de noviembre, en ese sentido el "plazo en días", asciende a treinta (30) días toda vez que los productos objeto de contrato son entregados de manera mensual conforme a contrato (...)

[Reconvención Acumulada] (...) Lo cual tiene sentido, ya que conforme a la cláusula quinta de EL CONTRATO las entregas que tiene FOUSCAS a su cargo son de carácter mensual, por lo que el "plazo de la prestación parcial incumplida" por FOUSCAS es de treinta (30) días.

En ese sentido, a la variable "Plazo en días" le corresponde el plazo, en este caso en concreto, de treinta (30) días, esto es, al mes en donde se incurrió en el retraso penalizable"

Estando a lo anterior, es importante tener en cuenta que en el presente caso nos encontramos ante un contrato con prestaciones parciales, con lo que, de conformidad con el artículo 165° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado⁸, el monto y el plazo (conceptos utilizados en la fórmula para la obtención

⁸ Artículo 165° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado

de la penalidad diaria) se encontraran sujetos a la prestación parcial que se habría incumplido.

De la misma manera, en atención al monto y al plazo en prestaciones parciales, el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE), en su Opinión N° 094-2014-DTN, establece lo siguiente:

"En los contratos de ejecución periódica, el "plazo en días" a consignar en el cálculo de la penalidad diaria, corresponde al plazo de la prestación parcial incumplida establecido en el cronograma de entregas, el mismo que debe haber sido previsto en las bases del proceso de selección y forma parte del respectivo contrato."

Esto es, para la determinación del concepto "plazo" en las penalidades impuestas en prestaciones periódicas, se deberá tomar en cuenta el tiempo (plazo de entrega) con que cuenta el Contratista para el cumplimiento de cada una de las prestaciones parciales, las mismas que deberán encontrarse establecidas en las Bases Integradas del Proceso de Selección.

Ahora, en el punto IX. del Capítulo III de la Sección Específica de las Bases Integradas de la Licitación Pública N° 002-2014-MPFN⁹, se ha establecido expresamente que:

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 (10%) del monto del contrato vigente o, de ser el caso, del ítem que debió ejecutarse. (...)

En todos los casos, la penalidad se aplicará automáticamente y se aplicará de acuerdo con la siguiente fórmula (...)

Tanto el monto como el plazo se refieren, según corresponda, al contrato o ítem que debió ejecutarse o, en caso estos involucraran obligaciones de ejecución periódica, a la prestación parcial que fuera materia de retraso.

⁹ Cabe precisar que, en el numeral 1.9. del Capítulo I de la Sección Específica de las Bases Integradas de la Licitación Pública N° 002-2014-MPFN

"Los bienes materia de la presente convocatoria se entregarán de forma parcial por un periodo de 12 meses computados a partir del día siguiente de suscrito el contrato, cabe indicar que el plazo de entrega se realizará los primeros 05 días de cada mes, si el último día de entrega resulta ser sábado, domingo o feriado no laborable, se internara al día siguiente hábil. Dicho plazo constituye un requerimiento técnico mínimo que debe coincidir con lo establecido en el expediente de contratación"

"PLAZO DE ENTREGA: Los primeros 05 días de cada mes, si el último día de entrega resulta ser sábado, domingo o feriado no laborable, se internara al día siguiente hábil"

En tal sentido, si bien nos encontramos ante prestaciones parciales que iban a ejecutarse de manera mensual, el plazo con que contaba Fouscas Trading para el cumplimiento de cada una de las prestaciones parciales era de cinco (5) días; plazo que debía considerarse al momento de utilizar la fórmula para el cálculo de penalidades.

De esta manera, este Colegiado Unipersonal determina que el valor del concepto "plazo" utilizado por el Ministerio Público para la aplicación de penalidades por el cumplimiento tardío es conforme a lo establecido en la normativa de Contrataciones del Estado; por lo que, al no existir cuestionamiento adicional a los montos establecidos por las penalidades impuestas, no corresponde la reliquidación de las penalidades determinadas en el Memorándum N° 015-2015-MP/FN-GG-GECLOG-GEA, en el Memorándum N° 2492-2015-MP/FN-GG-GECLOG-GEA y en el Memorándum N° 2809-2015-MP/FN-GG-GECLOG-GEA.

Por lo tanto, se resuelve INFUNDADO el Cuarto Punto Controvertido, y en consecuencia, no corresponde ordenar la reliquidación de penalidades impuestas por el Ministerio Público; además, no corresponde ordenar la devolución a favor de Fouscas Trading E.I.R.L. la suma ascendente a S/. 62,209.44 (Sesenta y Dos Mil Doscientos Nueve y 44/100 Soles).

De la misma manera, se resuelve INFUNDADO el Octavo Punto Controvertido, y en consecuencia, no corresponde reliquidar los montos de las penalidades de los meses de marzo, abril y mayo de 2015 impuestas por el Ministerio Público en contra de Fouscas Trading E.I.R.L.

Finalmente, se resuelve INFUNDADO el Noveno Punto Controvertido, y en consecuencia, no corresponde ordenar la devolución a favor de Fouscas Trading E.I.R.L. la suma de S/. 34,070.97 (Treinta y Cuatro Mil Setenta y 97/100 Soles).

2.4 QUINTO PUNTO CONTROVERTIDO

Determinar si corresponde o no ordenar al Ministerio Público cumpla con el pago de las facturas impagas por la suma total de S/. 100,098.00 (Cien Mil Noventa y Ocho y 00/100 Soles), más intereses legales correspondientes devengados y por devengarse hasta su efectiva cancelación

POSICIÓN DE FOUSCAS TRADING E.I.R.L.

Fouscas Trading E.I.R.L. manifiesta que en cumplimiento de sus obligaciones contractuales, procedió a realizar las diversas entregas mensuales que tenía a su cargo a los treinta y tres (33) distritos fiscales del Ministerio Público, esto conforme al cronograma establecido en el propio contrato.

Así, refiere Fouscas Trading E.I.R.L. que una vez realizada las entregas mensuales procedió a emitir las facturas correspondientes a dichas entregas, facturas las cuales no habrían sido canceladas en su totalidad y sobre las cuales también procedería el reconocimiento de los intereses en favor de la demandada.

De la misma manera, Fouscas Trading E.I.R.L. señala que en estricto cumplimiento del contrato, procedió a emitir diversas facturas, las cuales fueron canceladas de manera parcial por el Ministerio Público, sin que medie razón ni documento alguno para el incumplimiento parcial en el pago; por lo que, también requiere el pago de los montos diferenciales de las mismas.

Finalmente, expresa Fouscas Trading E.I.R.L. que habiéndose realizado la prestación correspondiente a su cargo, correspondería que el Ministerio Público proceda al pago de la contraprestación debida, de lo contrario se estaría enriqueciendo indebidamente con los productos entregados por la demandada; debiéndose además, reconocer los intereses legales generados por facturas impagas.

POSICIÓN DE MINISTERIO PÚBLICO

El Ministerio Público advierte que respecto a las facturas que alega la empresa Fouscas Trading E.I.R.L. se le adeudaría no se ajustaría a la verdad, toda vez que de la consulta SIAF se han identificado diversas facturas que habrían sido debidamente pagadas.

De la misma manera, el Ministerio Público señala que existirían facturas que se encuentran pendientes de pago y que corresponderían al ejercicio presupuestal 2014, que ameritarían el procedimiento de reconocimiento de pago.

Igualmente, manifiesta el Ministerio Público que con respecto a algunas facturas que habrían sido pagadas de manera parcial, de la revisión del SIAF se apreciaría que dichas fueron pagadas en su totalidad.

Finalmente, el Ministerio Público indica que el monto de penalidad de S/. 151,232.40 (Ciento Cincuenta y Un Mil Doscientos Treinta y Dos y 40/100 Soles) equivalente al 10% del monto total del contrato vigente, habría sido deducido a través de la Gerencia de Tesorería de las facturas que en su oportunidad se encontraban pendientes de pago, estando que dicha Gerencia cuenta la información detallada respecto a las facturas sobre las cuales se cobró la penalidad.

POSICIÓN DEL ÁRBITRO ÚNICO

En atención al presente punto controvertido, Fouscas Trading E.I.R.L. solicita el pago de diversas facturas emitidas producto al cumplimiento de sus prestaciones; facturas que no habrían sido canceladas por el Ministerio Público, incumpliendo así con su obligación esencial.

Sobre lo anterior, el Ministerio Público deja constancia que no se habría producido el pago de ciertas facturas, debido a que se habrían efectuado los descuentos derivados de las penalidades impuestas en contra de Fouscas Trading E.I.R.L.; por lo que, surge una interrogante, ¿puede el Ministerio Público efectuar descuentos en las facturas de la demandada con la finalidad que se cumpla el pago de las penalidades impuestas?

Estando a la interrogante formulada, es importante tener presente lo establecido en el artículo 165° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado¹⁰, en el que,

¹⁰ **Artículo 165° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado**

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 (10%) del monto del contrato vigente o, de ser el caso, del ítem que debió ejecutarse. Esta

entre otros, establece que las penalidades pueden ser deducidas de los pagos a cuenta, en otras palabras, las Entidades contratantes podrán cobrar el monto de las penalidades descontando del pago por las prestaciones parciales efectuadas por el Contratista.

Así, una primera conclusión que este Colegiado Unipersonal considera es que el Ministerio Público se encontraba facultado en realizar descuentos a las facturas emitidas por Fouscas Trading E.I.R.L. producto de la ejecución de sus prestaciones parciales; penalidades que, conforme se ha analizado en el presente laudo (Cuarto, Octavo y Noveno Puntos Controvertidos), han sido calculadas conforme a la normativa en Contrataciones del Estado.

Ahora, ¿durante las actuaciones arbitrales, el Ministerio Público ha acreditado que la falta de pago de las facturas emitidas por Fouscas Trading E.I.R.L. es producto del descuento en el monto de las penalidades impuestas? Para dar respuesta a ello, este Colegiado Unipersonal tendrá presente la documentación ofrecida por la demandante en sus escritos de fechas 9 de mayo de 2016, 8 y 30 de noviembre de 2016.

- **Descuento por Memorando N° 2492-2015**

En primer lugar, se observa que en el Memorando N° 2492-2015-MP-FN-GG-GECLOG-GEA de fecha 9 de diciembre de 2015, la Gerencia de Abastecimiento del Ministerio Público deja constancia que se ha producido un retraso injustificado de cinco (5) días en la entrega de los productos derivado de la Orden de Compra – Guía de Internamiento N° 0000002-2015 respecto al mes de marzo de 2015; por lo que, correspondería la aplicación de una penalidad ascendente a S/. 31,381.13 (Treinta y Un Mil Trescientos Ochenta y Uno y 13/100 Soles).

De igual forma, lo anterior tiene relación con lo señalado en el Memorando N° 2527-2015-MP-FN-GG-GECLOG-GEA de fecha 10 de diciembre de 2015, documento donde la Gerencia de Abastecimiento del Ministerio Público precisa que dentro de la Orden de Compra – Guía de Internamiento N° 0000002-2015 se encontraban:

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 la propuesta.

- Factura N° 001-0017221 por el monto de S/. 1,708.50 (Mil Setecientos Ocho y 50/100 Soles).
- Factura N° 001-0017426 por el monto de S/. 1,708.50 (Mil Setecientos Ocho y 50/100 Soles).
- Factura N° 001-0017660 por el monto de S/. 2,814.00 (Dos Mil Ochocientos Catorce y 00/100 Soles).
- Factura N° 001-0017662 por el monto de S/. 1,708.50 (Mil Setecientos Ocho y 50/100 Soles).
- Factura N° 001-0017663 por el monto de S/. 4,020.00 (Cuatro Mil Veinte y 00/100 Soles).
- Factura N° 001-0017669 por el monto de S/. 5,829.00 (Cinco Mil Ochocientos Veintinueve y 00/100 Soles).
- Factura N° 001-0017670 por el monto de S/. 4,824.00 (Cuatro Mil Ochocientos Veinticuatro y 00/100 Soles).
- Factura N° 001-0017672 por el monto de S/. 3,417.00 (Tres Mil Cuatrocientos Diecisiete y 00/100 Soles).
- Factura N° 001-0017673 por el monto de S/. 2,814.00 (Dos Mil Ochocientos Catorce y 00/100 Soles).
- Factura N° 001-0017677 por el monto de S/. 3,015.00 (Tres Mil Quince y 00/100 Soles).

También, de acuerdo al Anexo N° 001 adjunto al escrito de fecha 30 de noviembre de 2016, la penalidad aplicada en el Memorando N° 2492-2015-MP-FN-GG-GECLOG-GEA se descontó del pago de la Factura N° 001-0017426, Factura N° 001-0017660, Factura N° 001-0017662, Factura N° 001-0017663, Factura N° 001-0017669, Factura N° 001-0017670, Factura N° 001-0017672, Factura N° 001-0017673 y Factura N° 001-0017677, retención que se acredita con dos (2) Depósitos en Cuenta Corriente a favor del Ministerio Público, conforme a lo siguiente:

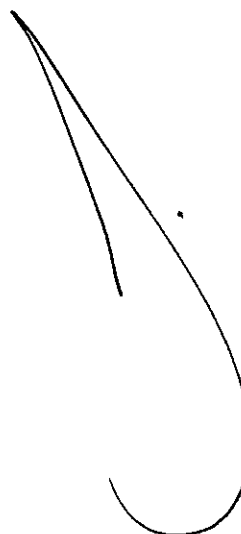
- Depósito en Cuenta Corriente N° 61838914 por S/. 15,075.00 (Quince Mil Setenta y Cinco y 00/100 Soles)

Cheque N°	Banco	Girador / N° de Cuenta	Plaza	Importe (S/.)
92357732	B/N	300832	M/B	1,708.50
92357733	B/N	300833	M/B	1,708.50
92357734	B/N	300834	M/B	2,814.00
92357736	B/N	300836	M/B	5,829.00
92357737	B/N	300837	M/B	3,015.00

- Depósito en Cuenta Corriente N° 61838916 por S/. 16,306.13 (Dieciséis Mil Trescientos Seis y 13/100 Soles)

Cheque N°	Banco	Girador / N° de Cuenta	Plaza	Importe (S/.)
92357738	B/N	300837	M/B	1,708.50
92357740	B/N	300837	M/B	2,814.00
92357741	B/N	300837	M/B	4,824.00
92357739	B/N	300837	M/B	3,417.00
92357742	B/N	300837	M/B	3,542.63

Para comprender la relación entre la penalidad impuesta y el descuento efectuado en las Facturas referidas en párrafos precedentes, advirtamos el siguiente cuadro:



Factura N°	Monto de la Factura (S/.)	Monto Cancelado (S/.)	Monto Retenido por la Penalidad (S/.)	Depósito en Cuenta Corriente
001-0017221	1,708.50	0.00	1,708.50	61838914
001-0017426	1,708.50	0.00	1,708.50	61838914
001-0017660	2,814.00	0.00	2,814.00	61838914
001-0017662	1,708.50	0.00	1,708.50	61838916
001-0017663	4,020.00	477.37	3,542.63	61838916
001-0017669	5,829.00	0.00	5,829.00	61838914
001-0017670	4,824.00	0.00	4,824.00	61838916
001-0017672	3,417.00	0.00	3,417.00	61838916
001-0017673	2,814.00	0.00	2,814.00	61838916
001-0017677	3,015.00	0.00	3,015.00	61838914

Por lo tanto, para este Colegiado Unipersonal, el Ministerio Público sí ha acreditado que procedió a descontar del pago de la Factura N° 001-0017426, Factura N° 001-0017660, Factura N° 001-0017662, Factura N° 001-0017663, Factura N° 001-0017669, Factura N° 001-0017670, Factura N° 001-0017672, Factura N° 001-0017673 y Factura N° 001-0017677 el monto de la penalidad impuesta en el Memorando N° 2492-2015-MP-FN-GG-GECLOG-GEA.

• **Descuento producto del Memorando N° 2619-2015**

Mediante Memorando N° 2619-2015-MP-FN-GG-GECLOG-GEA de fecha 11 de diciembre de 2015, la Gerencia de Abastecimiento del Ministerio Público deja constancia que se ha producido el retraso injustificado de un (1) día en la entrega de los productos derivados de la Orden de Compra – Guía de Internamiento N° 0000347-2015 respecto al mes de mayo de 2015; por lo que, correspondería la aplicación de una penalidad ascendente a S/. 6,301.35 (Seis Mil Trescientos Uno y 05/100 Soles).

De la misma manera, lo anterior tiene relación con señalado en el Memorando N° 2703-2015-MP-FN-GG-GECLOG-GEA de fecha 15 de diciembre de 2015, documento donde la Gerencia de Abastecimiento del Ministerio Público precisa que dentro de la Orden de Compra – Guía de Internamiento N° 0000347-2015 se encontraba la Factura N° 001-0018466 por el monto de S/. 8,643.00 (Ocho Mil Seiscientos Cuarenta y Tres y 00/100 Soles).

Igualmente, de acuerdo al Anexo N° 001 adjunto al escrito de fecha 30 de noviembre de 2016, la penalidad aplicada en el Memorando N° 2619-2015-MP-FN-GG-GECLOG-GEA se descontó del pago de la Factura N° 001-0018466, retención que se acredita con el Depósito en Cuenta Corriente a favor del Ministerio Público ascendente a la suma de S/. 6, 301.35 (Seis Mil Trescientos Uno y 35/100 Soles).

Para comprender la relación entre la penalidad impuesta y el descuento efectuado en la Factura N° 001-0018466, referido en párrafos precedentes, tengamos presente el siguiente cuadro:

Factura N°	Monto de la Factura (S/.)	Monto Cancelado (S/.)	Monto Retenido por la Penalidad (S/.)	Monto solicitado por Fouscas (S/.)
001-0018466	8,643.00	2,341.65	6,301.35	6,301.35

Finalmente, el monto cancelado por el Ministerio Público (S/. 2,341.65) producto de la Factura N° 001-0018466 se encuentra identificado en el documento "Movimiento y Saldo a la fecha" presentado por Fouscas Trading E.I.R.L.; documento donde se advierte que en la Operación N° 10418, el Ministerio Público efectuó una transferencia ascendente a la suma de S/. 2,341.65 (Dos Mil Trescientos Cuarenta y Uno y 65/100 Soles) correspondiente al Código TIN018F000001-18466.

En tal sentido, para este Colegiado Unipersonal, el Ministerio Público sí ha acreditado que procedió a descontar del pago de la Factura N° 001-0018466 el monto de la penalidad impuesta en el Memorando N° 2619-2015-MP-FN-GG-GECLOG-GEA.

• **Descuento producto del Memorando N° 2809-2015**

En el Memorando N° 2809-2015-MP-FN-GG-GECLOG-GEA de fecha 17 de diciembre de 2015, la Gerencia de Abastecimiento del Ministerio Público deja constancia que se ha producido un retraso injustificado de treinta y cinco (35) días en la entrega de los productos derivado de la Orden de Compra - Guía de Internamiento N° 0000347-2015 respecto al mes de abril de 2015; por lo que, en principio, correspondería la aplicación de una penalidad ascendente a S/.

220,371.38 (Doscientos Veinte Mil Trescientos Setenta y Uno y 38/100 Soles), sin embargo, únicamente, le aplicaría la penalidad por el monto de S/. 38,898.52 (Treinta y Ocho Mil Ochocientos Noventa y Ocho y 52/100 Soles).

Asimismo, lo anterior tiene relación con lo señalado en el Memorando N° 2859-2015-MP-FN-GG-GECLOG-GEA de fecha 18 de diciembre de 2015, documento donde la Gerencia de Abastecimiento del Ministerio Público precisa que dentro de la Orden de Compra – Guía de Internamiento N° 0000347-2015 se encontraban:

- Factura N° 001-0018430 por el monto de S/. 8,643.00 (Ocho Mil Seiscientos Cuarenta y Tres y 00/100 Soles).
- Factura N° 001-0018448 por el monto de S/. 27,838.50 (Veintisiete Mil Ochocientos Treinta y Ocho y 50/100 Soles).
- Factura N° 001-0018450 por el monto de S/. 4,020.00 (Cuatro Mil Veinte y 00/100 Soles).

Además, de acuerdo al Anexo N° 001 adjunto al escrito de fecha 30 de noviembre de 2016, la penalidad aplicada en el Memorando N° 2809-2015-MP-FN-GG-GECLOG-GEA se descontó del pago de la Factura N° 001-0018430, Factura N° 001-0018448 y Factura N° 001-0018450, retención que se acredita con un (1) Depósito en Cuenta Corriente, conforme a lo siguiente:

- Depósito en Cuenta Corriente N° 61838963 por 38,898.52 (Treinta y Ocho Mil Ochocientos Noventa y Ocho y 52/100 Soles)

Cheque N°	Banco	Girador / N° de Cuenta	Plaza	Importe (S/.)
92357138	B/N	300837	M/B	27,838.50
92357137	B/N	300837	M/B	8,000.00
92357136	B/N	300836	M/B	3,060.02

Para comprender la relación entre la penalidad impuesta y el descuento efectuado en las Facturas referido en párrafos precedentes, hay que tener en cuenta el siguiente cuadro:

Factura N°	Monto de la Factura (S/.)	Monto Cancelado (S/.)	Monto Retenido por la Penalidad (S/.)	Depósito en Cuenta Corriente
001-0018430	8,643.00	643.00	8,000.00	61838963
001-0018448	27,838.50	0.00	27,838.50	61838963
001-0018450	4,020.00	959.98	3,060.02	61838963

De igual manera, los montos cancelados por el Ministerio Público producto de la Factura N° 001-0018430 (S/.643.00) y la Factura N° 001-0018450 (S/.959.98) se encuentran identificados en el documento "Movimiento y Saldo a la fecha" presentado por Fouscas Trading E.I.R.L.; documento donde se advierte lo siguiente:

- En la Operación N° 10548 de fecha 19 de enero de 2016, el Ministerio Público efectuó una transferencia ascendente a la suma de S/. 643.00 (Seiscientos Cuarenta y Tres y 00/100 Soles) correspondiente al Código TIN018F000001-18430.
- En la Operación N° 10549, el Ministerio Público efectuó una transferencia ascendente a la suma de S/. 959.98 (Novecientos Cincuenta y Nueve y 98/100 Soles) correspondiente al Código TIN018F000001-18450.

En tal sentido, para este Colegiado Unipersonal, el Ministerio Público sí ha acreditado que procedió a descontar del pago de la Factura N° 001-0018430, Factura N° 001-0018448 y Factura N° 001-0018450 el monto de la penalidad impuesta en el Memorando N° 2809-2015-MP-FN-GG-GECLOG-GEA.

Por otro lado, durante las actuaciones arbitrales, el Ministerio Público manifiesta expresamente que de todas las facturas referidas por Fouscas Trading E.I.R.L. que no habrían sido canceladas, solamente se encontrarían pendientes de pago, aquellas indicadas en el siguiente cuadro:

N°	Factura N°	Sede	Importe (S/.)
1	001-0017022	Ancash	3,517.50
2	001-0017068	Ica	5,728.50
3	001-0017070	Loreto	4,924.50
4	001-0017072	Moquegua	2,814.00
5	001-0017078	Tacna	3,618.00
6	001-0017079	Tumbes	2,914.50

Es así que, contando con la aceptación de la demandante en la falta de pago de las facturas antes mencionadas, corresponde ordenar el pago a favor de Fouscas Trading E.I.R.L. de la suma ascendente a S/. 23,517.00 (Veintitrés Mil Quinientos Diecisiete y 00/100 Soles), producto del incumplimiento en el pago por parte del Ministerio Público de las Facturas referidas en el cuadro anterior.

Ahora, en relación a los intereses, conviene tener en cuenta lo establecido en el artículo 48° de la Ley de Contrataciones del Estado, el cual señala lo siguiente:

"Artículo 48.- Intereses y penalidades

*En caso de atraso en el pago por parte de la Entidad, salvo que se deba a caso fortuito o fuerza mayor, **ésta reconocerá al contratista los intereses legales correspondientes.** Igual derecho corresponde a la Entidad en caso sea la acreedora.*

El contrato establecerá las penalidades que deberán aplicarse al contratista ante el incumplimiento injustificado de sus obligaciones contractuales, de acuerdo a lo dispuesto en el Reglamento."

De la norma invocada, permite a este Colegiado Unipersonal concluir categóricamente que todo incumplimiento de parte del Ministerio Público genera la aplicación de intereses legales correspondientes, los mismos que conforme a la norma invocada, serán reconocidos por dicha parte.

De la misma manera, habiendo determinado que debe reconocerse únicamente el interés legal a favor de Fouscas Trading E.I.R.L., corresponde establecer desde qué momento se produce dicho interés legal.

Al respecto, en el artículo 181° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado¹¹, se establece que los intereses legales determinados en el artículo 48° de la Ley de Contrataciones del Estado, comenzarán a computarse desde la oportunidad en que el pago debió efectuarse.

De lo expuesto por el mencionado artículo, se desprende que los intereses, para cuyo cálculo se aplicará la tasa de interés legal, deberán computarse a partir de la fecha en que debieron cancelarse cada una de las facturas impagas referidas en párrafos precedentes; siendo que el monto del interés deberá determinarse al momento de ejecución del laudo.

Por lo tanto, este Colegiado resuelve Fundado en Parte el presente punto controvertido, y en consecuencia, corresponde ordenar al Ministerio Público cancele a favor de Fouscas Trading E.I.R.L., producto de las facturas impagas la suma ascendente a S/. 23,517.00 (Veintitrés Mil Quinientos Diecisiete y 00/100 Soles), más los intereses legales hasta la fecha efectiva de pago. Además, los intereses legales serán calculados de manera independiente en cada una de las facturas impagas, contado desde la oportunidad en que el pago debió efectuarse.

2.5 SEXTO PUNTO CONTROVERTIDO

Determinar si corresponde o no reconocer a favor de Fouscas Trading E.I.R.L. una indemnización por daños y perjuicios ocasionados por el Ministerio Público, en donde se contenga el daño emergente y el lucro cesante

POSICIÓN DE FOUSCAS TRADING E.I.R.L.

¹¹ **Segundo Párrafo del Artículo 181° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado**

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

En relación al presente punto controvertido, Fouscas Trading E.I.R.L. señala que en virtud que el contrato habría quedado resuelto por causa imputable al Ministerio Público, corresponderá que la demandante le reconozca y pague una indemnización por los daños y perjuicios ocasionados, de conformidad con el artículo 170° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

De la misma manera, indica Fouscas Trading E.I.R.L. que el actuar del Ministerio Público cumple con los presupuestos para la imputación de responsabilidad contractual, esto es, (i) que la conducta califique como antijurídica, (ii) que el daño sea imputable, y (iii) que las consecuencias de los hechos generen daño.

Así, en relación a la antijuricidad, Fouscas Trading E.I.R.L. manifiesta que queda manifiesta con el incumplimiento de pago (obligación contractual esencial) por parte del Ministerio Público, y esto porque, en el ordenamiento jurídico peruano los contratos son de obligatorio cumplimiento para los contratantes, es por ello que, una vez que Fouscas Trading E.I.R.L. cumplió con su prestación, el Ministerio Público debió cumplir con la contraprestación debida (pago de los productos contratados), situación que no habría ocurrido.

De otro lado, en relación al daño, advierte Fouscas Trading E.I.R.L. que existe un claro daño en la esfera patrimonial de la demandada, producto del incumplimiento de pago del Ministerio Público, el cual se manifestaría en el daño emergente sufrido y el lucro cesante frustrado de la demandada.

En ese sentido, respecto al daño emergente, Fouscas Trading E.I.R.L. precisa que todas las pérdidas que ha sufrido como consecuencia de la inejecución de las obligaciones contractuales por parte del Ministerio Público, corresponden al daño emergente, de igual modo, todos aquellos gastos incurridos directamente por palear el incumplimiento del Ministerio Público.

Finalmente, en relación al lucro cesante, Fouscas Trading E.I.R.L. expresa que cuando suscribió el contrato con el Ministerio Público lo hizo con la confianza de obtener una ganancia (cubrir los costos directos de la prestación, los gastos generales y ganar una utilidad), sin embargo, al haberse producido la resolución contractual por incumplimiento de la demandante, la expectativa de Fouscas Trading E.I.R.L. se vio mermada, y por consecuencia, su ganancia se vio frustrada.

POSICIÓN DE MINISTERIO PÚBLICO

El Ministerio Público advierte que no corresponde pronunciarse, en la medida que se desconocerían los fundamentos fácticos y jurídicos que sustentarían el presente punto controvertido.

POSICIÓN DEL ÁRBITRO ÚNICO

Sobre el presente punto controvertido, se observa que la indemnización requerida por Fouscas Trading E.I.R.L. es producto de la resolución de contrato efectuada por dicha parte, debido al incumplimiento de las obligaciones esenciales (pago) del Ministerio Público; resolución que, conforme se verificó en puntos controvertidos precedentes, es válida.

De la misma manera, en el presente caso, estando a una resolución de contrato por culpa del Ministerio Público, le corresponderá a Fouscas Trading E.I.R.L. una indemnización de los daños y perjuicios que se hubiesen ocasionado, conforme a lo establecido en el artículo 170° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado¹².

Ahora, estando a una consecuencia directa de la normativa en Contrataciones, esto es, que ante la resolución de contrato por culpa de la Entidad, le corresponderá al Contratista una indemnización por daños y perjuicios, este Colegiado Unipersonal considera innecesario realizar el análisis respecto a la determinación del cumplimiento de los presupuestos para la indemnización, siendo que, únicamente, deberá determinarse la existencia o no del daño alegado por Fouscas Trading E.I.R.L.

Al respecto, en relación al "daño", la determinación del mismo tiene diversas acepciones. En efecto, Guillermo Cabanellas¹³ lo define como "el detrimento,

¹² **Artículo 170° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado: Efectos de la resolución**

(...) Si la parte perjudicada es el contratista, la Entidad deberá reconocerle la respectiva indemnización por los daños y perjuicios irrogados, bajo responsabilidad del Titular de la Entidad.

¹³ CABANELLAS, Guillermo. *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*. 1ª Ed. Editora Atalaya, p. 152.

perjuicio o menoscabo que se recibe por culpa de otro en la hacienda o persona. El daño puede causarse por dolo o malicia, por culpa o por caso fortuito".

En el mismo sentido, Ferri¹⁴ precisa aún más el concepto, al establecer que:

*"(...) el daño no puede ser entendido como la lesión de un interés protegido, por cuanto ello resulta equívoco y substancialmente impreciso. **El daño más bien incide en las consecuencias, aquellos efectos negativos que derivan de la lesión del interés protegido (...)**". (Subrayado y sombreado nuestro).*

De lo expuesto, podemos concluir en que el daño se genera por los actos ilícitos o antijurídicos que sobrepasan los límites de sus propios derechos, avasallando los de los demás y por las consecuencias que ellos producen en la esfera del afectado. A estos actos debemos denominarlos como comportamiento dañoso.

De la misma manera, es importante recalcar que al encontrarnos ante una indemnización producto de la resolución de contrato, el daño que se habría producido en la parte accionante deberá tener directa relación con el contrato, esto es, dicha parte deberá acreditar que el daño que se produce en su esfera es producto de la resolución de contrato.

Lo anterior puede entenderse con el siguiente ejemplo: El daño emergente producto de la resolución de contrato se producirá con aquellos gastos que habrían sido ya determinados por la accionante para la ejecución de contrato, entre ellos, el pago de trabajadores, alquileres de locales y maquinarias, entre otros; los cuales, si deben ser reconocidos (siempre que se encuentren acreditados), puesto que existe una vinculación directa con el contrato resuelto.

Ahora, de la lectura del escrito 15 de junio de 2016, donde Fouscas Trading E.I.R.L. estaría determinando y acreditando el quantum de la indemnización, se advierte que el monto del daño emergente y del daño lucro cesante son obtenidos en base de una fórmula contable, conforme a lo siguiente:

¹⁴ FERRI, G.B. Citado por ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *El Tratamiento de los Derechos de la Persona en el Código Civil Peruano de 1984*. 2ª Ed., p. 273.

"Lucro Cesante (...) Para hallar la ganancia que dejo de percibir vamos a tomar en cuenta el siguiente ratio financiero.

Utilidad de Ventas = Utilidad / Ventas

Tomamos los datos de los Estados Financieros, las ventas ascendieron S/. 58'665,632.00 y la utilidad a S/. 1'882,207.00, obteniendo así un índice de 0.03208 demostrando un rendimiento del 3.21% porcentaje que se obtiene de las actividades económica (...)

Daño Emergente (...) Tomando este concepto vamos a emplear el siguiente ratio financiero que a continuación detallo:

Rendimiento sobre Patrimonio = Utilidad / Capital

Aquí vamos a poder obtener la rentabilidad que genera el capital respecto de utilidad generada para el ejercicio 2015, la utilidad es de S/. 1'882,207.00 y el capital es S/. 2'934,833.00; por lo tanto su índice es 0.64, es decir el patrimonio genera una rentabilidad anual del 64%"

Así, lo que Fouscas Trading E.I.R.L. ha presentado son porcentajes derivados de sus Estados Financieros, mas no ha acreditado la relación de dichos porcentajes con la resolución de contrato, es decir no solo basta con precisar el quantum del daño que se habría producido, sino que debe acreditarse que el quantum del daño es producto directo de la resolución de contrato.

Por lo tanto, este Colegiado Unipersonal resuelve Infundado el presente punto controvertido, y en consecuencia, no corresponde ordenar reconocer en favor de Fouscas Trading E.I.R.L. una indemnización por los daños y perjuicios ocasionados por el Ministerio Público, que contiene el daño emergente por la suma de S/. 71,543.80 (Setenta y Un Mil Quinientos Cuarenta y Tres y 80/100 Soles) y lucro cesante por la suma de S/. 48,545.60 (Cuarenta y Ocho Mil Quinientos Cuarenta y Cinco y 60/100 Soles).

2.6 SÉTIMO PUNTO CONTROVERTIDO

Determinar a quién corresponde asumir las costas y los costos del presente arbitraje

POSICIÓN DE MINISTERIO PÚBLICO

En el escrito de contestación a la reconvencción, el Ministerio Público manifiesta que corresponderá al Árbitro Único en forma equitativa y justa el pago que corresponda a las costas, los costos y otros que se generen en el presente proceso arbitral.

POSICIÓN DE FOUSCAS TRADING E.I.R.L.

Fouscas Trading E.I.R.L. señala que el Ministerio Público habría olvidado que el presente arbitraje se inició producto de que dicha parte no habría cumplido con el pago de la contraprestación contractualmente pactada.

De igual manera, Fouscas Trading E.I.R.L. refiere que en caso se ampare la totalidad de sus pretensiones se condene de manera expresa al Ministerio Público a la asunción de la totalidad de las costas y los costos que se irroguen en el presente proceso arbitral, en atención a la regla que los costos siguen al evento, y conforme a lo establecido en el artículo 73° de la Ley de Arbitraje.

Finalmente, manifiesta Fouscas Trading E.I.R.L. que, en el supuesto negado no se ampare la totalidad de sus pretensiones, se condene al Ministerio Público a la asunción de la totalidad de los costos y las costas del presente proceso, por cuanto, conforme a dicha parte, el accionar de la demandante ha originado la presente controversia.

POSICIÓN DEL ÁRBITRO ÚNICO

Sobre este punto, cabe indicar que el artículo 70° del Decreto Legislativo N° 1071, Ley de Arbitraje, establece que:

"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”.

Así, es necesario recordar que el numeral 1) del artículo 72º del Decreto Legislativo Nº 1071, Ley de Arbitraje, dispone que los árbitros se pronunciarán en el Laudo Arbitral sobre los costos indicados en su artículo 70º.

Asimismo, el numeral 1) del artículo 73º de la citada ley señala que los árbitros deben tener presente, de ser el caso, lo pactado en el convenio arbitral; además, tal norma legal establece que si el convenio arbitral no contiene pacto alguno sobre los gastos, los costos del arbitraje serán de cargo de la parte vencida; sin embargo, los árbitros podrán distribuir y prorratear estos costos entre las partes, si estiman que el prorrateo es razonable, teniendo en cuenta las circunstancias del caso.

Es el caso que en el convenio arbitral contenido en el Contrato, las partes no han establecido pacto alguno acerca de los costos y costas del proceso arbitral; por lo que, corresponde que este Colegiado Unipersonal se pronuncie sobre este tema de manera discrecional y apelando a su debida prudencia.

En tal sentido, considerando el resultado del arbitraje que en puridad, desde el punto de vista del Árbitro Único, no puede afirmarse que existe una “parte perdedora”, en vista de que ambas partes tuvieron motivos suficientes y atendibles para litigar, fuera del fallo dado, habida cuenta de que debían defender sus pretensiones en la vía arbitral, atendiendo al buen comportamiento procesal de las partes y a la incertidumbre jurídica que existía entre ellas, corresponde disponer que cada una de las partes asuma los costos del presente arbitraje; en consecuencia, cada parte debe asumir el pago de la mitad de los gastos arbitrales decretados en este arbitraje (entiéndase los honorarios del Árbitro Único y de la Secretaría Arbitral); así como los costos y costas en que incurrieron o debieron de incurrir como consecuencia del presente arbitraje.

Por lo tanto, este Colegiado Unipersonal declara Infundada la Segunda Pretensión Principal de la Demanda de fecha 18 de marzo de 2016, y en consecuencia, no corresponde ordenar a Fouscas Trading E.I.R.L. asuma las costas y costos del presente arbitraje.

De la misma manera, este Colegiado Unipersonal declara Infundada la Sexta Pretensión Principal de la Reconvención de fecha 12 de abril de 2016, y en consecuencia, no corresponde condenar al Ministerio Público la asunción de la totalidad de las costas y costos que se han generado en el presente arbitraje.

DECISIÓN DEL ÁRBITRO ÚNICO:

Que, finalmente, el Árbitro Único deja constancia que para la expedición de este laudo ha analizado todos los argumentos de defensa expuestos por las partes y ha examinado cada una de las pruebas aportadas por éstas de acuerdo a las reglas de la sana crítica y al principio de libre valoración de la prueba y que el sentido de su Decisión es el resultado de ese análisis y de su convicción sobre la controversia, al margen de que algunas pruebas presentadas o actuadas y algunos de los argumentos esgrimidos por las partes no hayan sido expresamente citados en el presente laudo, habiendo tenido también presente durante la tramitación de todo este proceso arbitral y en las expediciones de este laudo, los principios que orientan y ordenan todo arbitraje y que fueron consignados en el Acta de Instalación del Árbitro Único.

Por las razones expuestas, de conformidad con el Acta de Instalación y lo previsto en el Decreto Legislativo N° 1071, el Árbitro Único, dentro del plazo correspondiente, resolviendo en Derecho **LAUDA:**

PRIMERO.- DECLÁRESE INFUNDADA la Primera Pretensión Principal de la Demanda de fecha 18 de marzo de 2016, analizada en el Primer y Segundo Puntos Controvertidos, y en consecuencia, no corresponde declarar la nulidad o invalidez de la Resolución del Contrato N° 09-2014-LP-MP-FN-GG-GELOCG efectuada por Fouscas Trading E.I.R.L., debido a que no habría cumplido con sustentar la causal de resolución establecida en el artículo 168° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

SEGUNDO.- DECLÁRESE INFUNDADA la Segunda Pretensión Principal de la Demanda de fecha 18 de marzo de 2016, analizada en el Séptimo Punto Controvertido, y en consecuencia, no corresponde ordenar a Fouscas Trading E.I.R.L. asuma las costas y los costos del presente arbitraje.

TERCERO.- DECLÁRESE FUNDADA la Primera Pretensión Principal de la Reconvención de fecha 12 de abril de 2016, analizada en el Primer y Segundo

Puntos Controvertidos, y en consecuencia, **SE DECLARA** que el contrato N° 09-2014-LP-MP-FN-GG-GELOCG se encuentra debidamente resuelto por Fouscas Trading E.I.R.L. ante el incumplimiento del Ministerio Público.

CUARTO.- DECLÁRESE FUNDADA la Segunda Pretensión Principal de la Reconvención de fecha 12 de abril de 2016, analizada en el Tercer Punto Controvertido, y en consecuencia, **SE ORDENA** la devolución de la Carta Fianza por Garantía de Fiel Cumplimiento emitida por Fouscas Trading E.I.R.L. a favor del Ministerio Público ascendente a la suma de S/. 151,232.40 (Ciento Cincuenta y Un Mil Doscientos Treinta y Dos y 40/100 Soles).

QUINTO.- DECLÁRESE INFUNDADA la Tercera Pretensión Principal de la Reconvención de fecha 12 de abril de 2016, analizada en el Cuarto, Octavo y Noveno Puntos Controvertidos, y en consecuencia, no corresponde ordenar la reliquidación de penalidades impuestas por el Ministerio Público producto de la prestación del mes de noviembre; además, no corresponde ordenar la devolución a favor de Fouscas Trading E.I.R.L. la suma ascendente a S/. 62,209.44 (Sesenta y Dos Mil Doscientos Nueve y 44/100 Soles).

SEXTO.- DECLÁRESE FUNDADA EN PARTE la Cuarta Pretensión Principal de la Reconvención de fecha 12 de abril de 2016, modificada mediante escrito 15 de junio de 2016, analizada en el Quinto Punto Controvertido, y en consecuencia, **SE ORDENA** al Ministerio Público cancele a favor de Fouscas Trading E.I.R.L., producto de las facturas impagas la suma ascendente a S/. 23,517.00 (Veintitrés Mil Quinientos Diecisiete y 00/100 Soles), más los intereses legales hasta la fecha efectiva de pago. Además, los intereses legales serán calculados de manera independiente en cada una de las facturas impagas, contado desde la oportunidad en que el pago debió efectuarse.

SÉTIMO.- DECLÁRESE INFUNDADA la Quinta Pretensión Principal de la Reconvención de fecha 12 de abril de 2016, analizada en el Sexto Punto Controvertido, y en consecuencia, no corresponde ordenar reconocer en favor de Fouscas Trading E.I.R.L. una indemnización por los daños y perjuicios ocasionados por el Ministerio Público, que contiene el daño emergente por la suma de S/. 71,543.80 (Setenta y Un Mil Quinientos Cuarenta y Tres y 80/100 Soles) y lucro cesante por la suma de S/. 48,545.60 (Cuarenta y Ocho Mil Quinientos Cuarenta y Cinco y 60/100 Soles).

OCTAVO.- DECLÁRESE INFUNDADA la Sexta Pretensión Principal de la Reconvención de fecha 12 de abril de 2016, analizada en el Séptimo Punto Controvertido, y en consecuencia, no corresponde condenar al Ministerio Público la asunción de la totalidad de las costas y costos que se han generado en el presente arbitraje.

NOVENO.- DECLÁRESE INFUNDADA la Pretensión Principal de la Reconvención Acumulada de fechas 15 de junio y 16 de agosto de 2016, analizada en el Cuarto, Octavo y Noveno Puntos Controvertidos, y en consecuencia, no corresponde reliquidar los montos de las penalidades de los meses de marzo, abril y mayo de 2015 impuestas por el Ministerio Público en contra de Fouscas Trading E.I.R.L; así como tampoco, corresponde ordenar la devolución a favor de Fouscas Trading E.I.R.L. la suma de S/. 34,070.97 (Treinta y Cuatro Mil Setenta y 97/100 Soles).

DÉCIMO.- DISPÓNGASE que ambas partes asuman en partes iguales, los gastos arbitrales, las costas y costos generados por la tramitación del presente proceso arbitral conforme a las precisiones indicadas en la parte considerativa del presente laudo arbitral.

DÉCIMO PRIMERO.- INDÍQUESE que, adicionalmente a la notificación en los domicilios procesales de ambas partes, el presente Laudo Arbitral será también notificado a través del Sistema Electrónico de las Contrataciones del Estado - SEACE.

Notifíquese a las partes.-



JUAN HUAMANÍ CHÁVEZ

Árbitro Único