

LAUDO ARBITRAL

394

DEMANDANTE: D y S Consorcios Unidos S.A. o El Contratista
DEMANDADO: Seguro Social de Salud – EsSalud o La Entidad
TIPO DE ARBITRAJE: Ad Hoc, Nacional y de Derecho
ÁRBITRO ÚNICO: Rafael Aysanoa Pasco

Resolución N° 19

En Lima, a los 8 días del mes de abril del año dos mil quince, el Árbitro Único, luego de haber realizado las actuaciones arbitrales de conformidad con la ley y las normas establecidas por las partes, escuchados los argumentos sometidos a su consideración y analizado las pretensiones planteadas en la demanda y la contestación de la demanda, dicta el siguiente laudo para poner fin, por decisión de las partes, a la controversia planteada:

I. Existencia del Convenio Arbitral, Designación e Instalación de Árbitro Único

1.1 El Convenio Arbitral:

Está contenido en la Cláusula Vigésimo Octava del Contrato de Suministro signado N° 4600023480, suscrito el 3 de mayo del 2006 (en adelante, el Contrato), en el cual las partes acordaron que cualquiera de ellas tenía el derecho a iniciar el arbitraje de derecho a fin de resolver las controversias que se presenten relacionadas con la ejecución e interpretación del Contrato, incluidos los que se refieren a su nulidad e invalidez.

1.2 Instalación de Árbitro Único:

Con fecha 3 de abril del 2014, se realizó la Audiencia de Instalación del Tribunal Arbitral Unipersonal, constituido por el doctor Rafael Aysanoa Pasco; con la asistencia de ambas partes.

II. Normatividad aplicable al Proceso Arbitral:

Conforme a lo establecido en el Acta de Instalación, la legislación aplicable para resolver el fondo de la controversia sometida al presente proceso arbitral es la legislación peruana. Las normas aplicables al arbitraje, de acuerdo a lo establecido por el artículo 53° del Texto Único Ordenado de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, aprobado por el Decreto Supremo N° 083-2004-PCM, deben mantener obligatoriamente el siguiente orden de prelación en la aplicación del derecho: 1) La Ley, 2) su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 084-2004-PCM, 3) las normas del derecho público y 4) las normas del derecho privado. La aplicación de las

RAQ

leyes especiales sobre arbitraje, como es el caso del Decreto Legislativo N° 1071, se realizará de manera supletoria y siempre que no se opongan a lo establecido en la Ley y el Reglamento.

Asimismo, se estableció que, en caso de insuficiencia de reglas, el Árbitro Único resolvería en forma definitiva, del modo que considere apropiado.

395

III. De la Demanda Arbitral presentada por el Contratista:

- 3.1 Mediante escrito de fecha 21 de abril del 2014, el Contratista presentó su demanda arbitral contra la Entidad.
- 3.2 A través de la pretensión contenida en su demanda, el Contratista solicita que la Entidad le pague el importe de S/. 53,313.05 (Cincuenta y tres mil trescientos trece con 05/100 Nuevos Soles) correspondiente al 10% del monto retenido por la garantía de fiel cumplimiento conforme lo dispuesto en la Cláusula Décimo Quinta de el Contrato. Incluye en su pretensión los intereses moratorios y compensatorios y devengados generados por el periodo impago transcurrido, por concepto de Ejecución de Obra, así como y el pago de la gastos y costas.
- 3.3 Como **fundamentos de hecho**, el Contratista manifiesta que culminada la ejecución del Contrato, mediante carta notarial de fecha 5 de octubre del 2010, le solicitó a la Entidad, emita la respectiva Constancia de Conformidad por Prestaciones y el pago, en vía de devolución, del importe retenido. Dicho pedido fue reiterado mediante otra misiva con fecha 30 de enero del 2012.
- 3.4 De este modo, mediante Carta N° 498-GA-GCL-OGA-ESSALUD-2011, de fecha 5 de marzo del 2012, la Entidad le comunicó que el Contrato no se había cumplido al 100%. El Contratista sostiene que en dicha misiva la Entidad le comunicó que el cumplimiento fue del 96.53%.
- 3.5 Asimismo, la Entidad envía la Carta N° 1584-GA-GCL-OGA-ESSALUD-2011, de fecha 9 de mayo del 2012, con la cual le informa al Contratista la improcedencia de la emisión de la Conformidad de Prestación en la medida que éste mantiene una penalidad ascendente a la suma de S/. 48,380.41 (Cuarenta y ocho mil trescientos ochenta con 41/100 Nuevos Soles). El Contratista manifiesta que nunca se le notificó con la imposición de penalidad alguna.
- 3.6 Como **fundamentos de derecho**, el Contratista hace mención de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado aprobado mediante Decreto Supremo N° 0083-2004-PCM y su Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 084-2004-PCM. Del mismo modo hace mención a lo dispuesto por el inciso 1 del artículo 1219 del Código Civil, y en lo previsto por la Ley N° 28015 "Ley de Promoción y Formalización de la Micro y Pequeña Empresa".
- 3.7 Mediante Resolución N° 1, de fecha 8 de mayo del 2014, se admitió a trámite la demanda presentada por el Contratista, teniéndose por ofrecidos los medios probatorios presentados por dicha parte, y corriéndose traslado de la misma a la Entidad por un plazo de diez (10) días hábiles para que la conteste y/o formule reconvencción.

RA

IV. De la contestación a la demanda por parte de la Entidad:

- 4.1 Mediante escrito de fecha 28 de mayo del 2014, la Entidad presentó su Contestación de demanda contra la Entidad.
- 4.2 A través de la pretensión contenida en su contestación, la Entidad solicita que se declare improcedente o, en su caso, infundada la demanda interpuesta por el Contratista imputándole a éste, el pago de las costas y costos procesales.
- 4.3 Como **fundamentos de hecho**, la Entidad manifiesta que en virtud de la Cláusula Décimo Quinta del Contrato efectuó retenciones de las órdenes de compra N° 4500640378, 4500640380, 4500651395, 4500651398, 4500651399, sienta el monto de la retención por garantía de fiel cumplimiento un total de S/. 32,186.00 (Treinta y dos mil ciento ochenta y seis con 00/100 Nuevos Soles) y no S/. 53,313.05 (Cincuenta y tres mil trescientos trece con 05/100 Nuevos Soles) como lo ha pretendido el Contratista.
- 4.4 Indica además que, la Entidad giró órdenes de compra a nombre del contratista por un total de 54,172 unidades, en un orden de diez (10) entregas mensuales; sin embargo, el Contratista solo atendió 14,492 unidades, ejecutándose de dicha forma solo el 26.751% del Contrato. Concluye la Entidad que el Contratista no ha tenido la intención de dar cumplimiento a los términos contractuales que asumió, y que a la fecha de presentación de la contestación de demanda, las referidas órdenes de compra seguían pendientes de atención.
- 4.5 La Entidad señala que, mediante Carta Notarial N° 0420-GCL-OGA-ESSALUD-2007 de fecha 21 de marzo de 2007 se comunicó al Contratista que mediante Resolución N° 0163-GCL-OGA-ESSALUD-2007 de fecha 21 de marzo de 2007 se resolvió parcialmente por incumplimiento el contrato. Indica además que se volvió a comunicar notarialmente a la Contratista la resolución del Contrato mediante la misiva de fecha 30 de marzo del 2007 (Carta Notarial N° 0526-GCL-OGA-ESSALUD-2007).
- 4.6 Sostiene que, se habría acreditado el retraso injustificado en la ejecución de las prestaciones a cargo del Contratista, por lo que resulta de aplicación lo dispuesto por el Artículo 222 del Decreto Supremo N° 084-2004-PCM el cual dispone la aplicación automática de la penalidad.
- 4.7 En base a lo anterior, la Entidad procedió a efectuar el cobro de las penalidades generadas a partir de la resolución del Contrato, las mismas que ascendieron a S/. 48,380.41 (Cuarenta y ocho mil trescientos ochenta con 41/100 Nuevos Soles).
- 4.8 Como **fundamentos de derecho**, la Entidad se fundamenta en el Decreto Supremo N° 0083-2004-PCM y su Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 084-2004-PCM.
- 4.9 Mediante Resolución N° 3 de fecha 9 de junio del 2014, se resolvió tener por contestada la demanda arbitral, teniéndose por ofrecidos los medios probatorios presentados por dicha parte y corriéndose traslado de la misma al Contratista para que manifieste lo conveniente a su derecho.

V. Audiencia de Fijación de Puntos Controvertidos

- 5.1 Con fecha 4 de diciembre del 2014, se realizó la Audiencia de Fijación de Puntos Controvertidos, con la asistencia de ambas partes, siendo éstos los siguientes:

Primer punto controvertido: Determinar si corresponde al DEMANDADO devolver a favor del DEMANDANTE la suma de S/. 53,313.05 (Cincuenta y tres mil trescientos trece con 05/100 Nuevos Soles), correspondientes al 10% del monto total del contrato retenido por concepto de garantía de fiel cumplimiento.

Segundo Punto Controvertido: Determinar a quién corresponde asumir el pago de las costas y costos del proceso arbitral

- 5.2 En dicha acta, se dejó establecido que el Árbitro Único se reservaba el derecho de analizar los puntos controvertidos en el orden que considere más conveniente a los fines de resolver la controversia y no necesariamente en el orden previamente establecido. Asimismo, el Árbitro Único declaró que si al resolver uno de los puntos controvertidos llegase a la conclusión de que carece de objeto pronunciarse sobre otro u otros, podrá omitir pronunciarse sobre ellos motivando su decisión.
- 5.3 En la misma audiencia se admitió y actuó lo medios probatorios ofrecidos por ambas partes.

VI. Audiencia de Informe Oral y Plazo para Laudar

- 6.1 Mediante Resolución N° 15, de fecha 28 de enero del 2015, se resolvió tener por cumplido la presentación de alegatos por ambas partes con conocimiento de su contraparte, no habiendo ninguna de las partes solicitado la realización de la Audiencia de Informes Orales. En base a ellos, el Árbitro Único declaró que corresponde prescindir de la Audiencia de Informes Orales.
- 6.2 Además, mediante la Resolución N° 15, el Árbitro Único, declaró que los autos se encontraban en estado para laudar, por lo que fijó el plazo para expedir el laudo en treinta (30) días hábiles, prorrogable por treinta (30) días hábiles adicionales.
- 6.3 Mediante Resolución N° 17 de fecha 16 de marzo del 2015 el Árbitro Único amplió el plazo para laudar prorrogándolo por treinta (30) días hábiles adicionales que se computarían a partir del vencimiento del primer plazo.
- 6.4 Mediante escrito de reconsideración de fecha 6 de febrero del 2015, la Entidad solicitó la suspensión del plazo para laudar con el fin realizar la audiencia de Informes Orales. Atendiendo a las circunstancias del caso y dado que ambas partes han tenido la oportunidad para solicitar el informe oral, sin haber ejercido tal derecho, mediante Resolución N°18, de fecha 31 de marzo del 2015, se resolvió declarar infundado mencionado recurso.

CONSIDERANDOS:

Que, de acuerdo a lo establecido en el Acta de Fijación de Puntos Controvertidos de fecha 04 de diciembre del 2014, en el presente caso la cuestión sometida a arbitraje y

que debe resolverse mediante el presente laudo, está determinada en los puntos controvertidos fijados por el Árbitro Único en base a las pretensiones promovidas en el proceso y aceptadas por las partes conforme consta en la referida Acta.

Que, conviene reiterar que el Árbitro Único se reservó el derecho de analizar los puntos controvertidos en el orden que considere más conveniente. Asimismo, señaló que si al momento de referirse a alguno de los puntos controvertidos llega a determinarse que carece de objeto pronunciarse sobre otros con los que guarde vinculación, podrá omitir referirse a estos otros, expresando las razones de dicha omisión.

393

Antes de entrar a analizar las materias controvertidas, corresponde confirmar lo siguiente:

- Que este Tribunal Arbitral Unipersonal se ha constituido de conformidad con el convenio arbitral celebrado entre las partes y las normas a las que las partes se sometieron de manera incondicional.
- Que en ningún momento se ha recusado al Árbitro Único o se ha impugnado o reclamado contra las disposiciones de procedimiento dispuestas en el Acta de Instalación.
- Que el Contratista presentó su demanda dentro de los plazos dispuestos y ejerció plenamente su derecho de defensa durante el presente arbitraje.
- Que la Entidad presentó su contestación de demanda dentro de los plazos dispuestos y ejerció plenamente su derecho de defensa durante el presente arbitraje.
- Que, las partes han tenido plena oportunidad para ofrecer las pruebas que estimaron pertinentes para sustentar sus respectivas posiciones.
- Que, las partes han tenido la posibilidad de presentar alegatos e, inclusive, de informar oralmente, no obstante ninguna de ellas solicitó oportunamente el uso de la palabra.
- Que el Árbitro Único ha laudado dentro de los plazos dispuestos en el presente arbitraje.

Asimismo, el Árbitro Único deja expresa constancia que ha analizado todos los argumentos expuestos a lo largo del presente proceso y examinado las pruebas presentadas de acuerdo a las reglas de la sana crítica y al principio de libre valoración de la prueba recogido en la Ley de Arbitraje y que el sentido de su decisión es el resultado de ese análisis y de su convicción sobre la controversia, al margen que algunas de las pruebas presentadas o actuadas y algunos de los argumentos esgrimidos por las partes no hayan sido expresamente citados en el presente laudo.

Del mismo modo, el Árbitro Único previo al análisis de cada uno de los puntos controvertidos quiere dejar en claro los mecanismos de interpretación que serán utilizados en dicha labor.

RRQ

MECANISMOS QUE SERÁN UTILIZADOS POR EL ÁRBITRO ÚNICO PARA INTERPRETAR EL CONTRATO MATERIA DEL ARBITRAJE

¿EN QUE CONSISTE LA INTERPRETACIÓN?

399

La interpretación es la acción y el efecto de interpretar, de explicar o de declarar el sentido de una cosa, principalmente el de un contrato dudoso, ambiguo o contradictorio. De esta manera, el problema de la interpretación surge como una necesidad perentoria ante la oscuridad o la ambigüedad de una norma o de un acto jurídico que suscita, en quien se enfrenta a la norma o al acto, dudas en relación a su contenido.

El punto de partida en el presente arbitraje se ubica, por tanto, en el análisis de todas y cada una de las prestaciones establecidas en el Contrato.

Así mismo se analizarán los antecedentes con el objeto de encontrar el sentido de la voluntad de las partes al momento de celebrar el Contrato; voluntad que debemos encontrar en el contenido de las propias cláusulas con total prescindencia de la denominación que las partes le dieron a dichas cláusulas en el Contrato, porque este Árbitro Único considera que los contratos son lo que son jurídicamente hablando, con total independencia de la denominación que las partes pudieran haberle atribuido al mismo o a sus cláusulas.

Adicionalmente, se tendrá en consideración que:

*"La interpretación debe orientarse a determinar el significado más correcto del negocio, en consideración a su función y a su eficacia como acto de autorregulación de los intereses particulares. Así las cosas, es obvio que la interpretación debe guiarse directamente al contenido del acto dispositivo que debe ser destacado en su significación completa, dentro de una valoración amplia, pero también equilibrada de los puntos de vista e intereses opuestos."*¹

PRINCIPIOS INTERPRETATIVOS A SER APLICADOS POR EL ÁRBITRO ÚNICO

En la tarea interpretativa, el Árbitro Único tendrá presente los siguientes principios interpretativos:

— **De conservación del contrato**, por el cual cuando una cláusula del contrato es susceptible de interpretarse en dos sentidos deberá entenderse en aquél que puede producir algún efecto y no en el que no genere ninguno.

La interpretación, como señala Díez Picazo:

*"(...) debe dirigirse a que el contrato o cláusula discutida sea eficaz. Entre una significación que conduce a privar al contrato o a la cláusula de efectos y otra que le permite producirlos, debe optarse por esta última"*².

¹ **SCOGNAMIGLIO**, Renato. **Teoría General del Contrato**. Traducción de **HINESTROSA**, Fernando. Universidad Externado de Colombia. Medellín. 1983. Pág. 236.

² **DÍEZ-PICAZO**, Luis. **Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial**. Volumen I. Editorial Civitas. Madrid, 1993. Pág. 396.

RAL

– **De la búsqueda de la voluntad real de las partes**, que es la posición asumida por el Código Civil Peruano cuando se presenta alguna discrepancia entre lo declarado por las partes y lo querido por ellas. En efecto, en el último párrafo del artículo 1361º del Código Civil se establece la presunción "*iuris tantum*" que "la declaración expresada en el contrato responde a la voluntad común de las partes y quien niegue esa coincidencia debe probarla". Esto quiere decir que el análisis de todos y cada uno de los documentos del Contrato deberá hacerse de manera integral y completa teniendo en cuenta la "voluntad común", a la que en la Exposición de Motivos del Código Civil se la define como:

*"(...) los fines idénticos buscados por los contratantes y que se expresan en la declaración que formulan al celebrar el contrato. No se trata, por consiguiente, del objetivo que busca cada contratante por sí mismo; y hay que presumir que lo que aparece en la relación contractual responde a esa intención, considerada de un modo integral y referida al contrato como un todo"*³.

– **De la Buena fe**, que no es otra cosa que la aplicación de las ideas de confianza y auto responsabilidad en la interpretación. Así tenemos que:

*"(...) si una de las partes, con su expresión o su declaración, suscitó en la otra una confianza en el sentido objetivamente atribuible a dicha declaración, esta parte no puede impugnar este sentido y pretender que el contrato tiene otro diverso"*⁴.

Es por esta razón, que los supuestos en que corresponde integrar –por vía del principio de la buena fe- el estatuto regulador de una determinada relación son, como expresa Ferreira Rubio:

*"(...) dos: la falta de regulación de una hipótesis dada y la necesidad de corregir una regulación contraria a la buena fe."*⁵

MEDIOS DE INTERPRETACIÓN QUE UTILIZARÁ EL ÁRBITRO ÚNICO PARA ENCONTRAR EL VERDADERO SENTIDO DE LO CONVENIDO POR LAS PARTES EN EL CONTRATO

Será necesario utilizar de manera conjunta distintos mecanismos de interpretación. Por ello, el Árbitro Único realizará tanto una interpretación sistemática, como una interpretación integradora y una interpretación histórica del Contrato.

- Interpretación Sistemática

La interpretación sistemática es una consecuencia de la unidad lógica del contrato, de tal modo que éste debe interpretarse en función del conjunto.

³ Código Civil. **Exposición de Motivos y Comentarios**. Tomo VI. Comisión Encargada del Estudio y Revisión del Código Civil. Compiladora Delia Revoredo de Debakey. Lima. 1985. Pág. 25.

⁴ **DIEZ-PICAZO**, Luis. Op. Cit. Volumen I. Pág. 398.

⁵ **FERREIRA RUBIO**, D. Matilde. **La buena fe**. Editorial Montecorvo S.A. Madrid. 1984. Pág. 200.

Nuestro ordenamiento jurídico acoge este mecanismo de interpretación en el artículo 169° del Código Civil, en el que se establece que:

401

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

En la Exposición de Motivos del Código Civil se explica que:

*"Se ha optado por un criterio de interpretación interdependiente o sistemático que no permite una interpretación aislada y excluye la posibilidad de que puedan alegarse pactos contradictorios, pues cada cláusula debe quedar enmarcada dentro del conjunto del acto jurídico y, por ello, para encontrar el sentido de cada cláusula es imprescindible encontrar el sentido de las demás."*⁶

- Interpretación Integradora

En la interpretación integradora no se atribuye a los contratantes una intención común mayor que la que ellos han tenido al momento de contratar, sino que se le agrega lo que por voluntad extraña (la del ordenamiento jurídico), de todas maneras debe incluirsele.

Así tenemos que a las normas contractuales propiamente dichas del Contrato, es decir, a las que de suyo le corresponden y en donde se ubican todas y cada una de las prestaciones establecidas en el Contrato, deberán sumársele las normas dispositivas que supletoriamente integran el contenido contractual, así como las normas imperativas.

La interpretación integradora del Contrato preserva, por tanto, la coherencia de éste con el ordenamiento jurídico.

- Interpretación Histórica

En este caso serán valorados, principalmente, los antecedentes que permitirán explicar lo que el Contrato significa para las partes y las circunstancias posteriores a la negociación entre las que se encuentra la conducta seguida por las partes.

Se trata de realizar un estudio de todo el "iter contractual", empezando por el Proceso de Selección, atravesando por la celebración del Contrato y continuando con la ejecución de las prestaciones, a la luz del principio de la buena fe, según lo dispuesto por el artículo 1362° del Código Civil.

Como explica Díez-Picazo, es de una gran relevancia:

"(...) la conducta o comportamiento de las partes en la preparación de las prestaciones contractuales y en la espontánea ejecución de las mismas (sobre todo cuando todavía no existían temas controvertidos) por ser un

⁶ Código Civil. **Exposición de Motivos y Comentarios.** Tomo VI. Op. Cit. Págs. 297 y 298.

*signo indubitado de la forma como en ese momento entendían el contrato que las ligaba*⁷.

402

Es este comportamiento (esto es, el de las partes antes de que entre ellas surgieran discrepancias) el que será evaluado por el Árbitro Único al momento de analizar y pronunciarse sobre cada uno de los puntos controvertidos.

Utilizando, por tanto, todos los mecanismos de interpretación anteriormente señalados, el Árbitro Único procederá a integrar lo pactado en el Contrato con las normas dispositivas e imperativas pertinentes, con el objeto de dilucidar el contenido exacto de la relación obligatoria creada por las partes.

Análisis de los Puntos Controvertidos

A continuación, el Árbitro Único procederá a analizar los puntos controvertidos que se fijaron en la audiencia del 4 de diciembre del 2014.

Es oportuno mencionar que debe tenerse en cuenta que el presente arbitraje es de Derecho por lo que resulta indispensable tener presente las normas legales y contractuales que rigen el Contrato, a efectos de determinar si la actuación de las partes se ajustó o no a dicho marco normativo y contractual. En base a ello, el Árbitro Único deberá determinar de acuerdo a los documentos y medios probatorios actuados a lo largo del proceso si corresponde atender lo solicitado por el Contratista.

Sobre el primer punto controvertido: Determinar si corresponde a la Entidad devolver a favor del Contratista la suma de S/. 53,313.05 (Cincuenta y Tres mil trescientos trece con 05/100 nuevos soles), correspondientes al 10% del monto total del contrato retenido por concepto de garantía de fiel cumplimiento.

1. En primer lugar, a efectos de poder determinar si el requerimiento del pago solicitado por el Contratista es procedente, es imprescindible analizar entre otras cosas lo siguiente: i) verificar si las entregas a cargo del Contratista fueron efectivamente realizadas, ii) si las entregas requeridas, mediante órdenes de compra, han sido aceptadas por la Entidad; y iii) si corresponde la devolución de la garantía de fiel cumplimiento.
2. Asimismo, teniendo en cuenta que el presente arbitraje es de Derecho, resulta necesario tener a la vista las normas legales y contractuales que rigen el Contrato, a efectos de determinar si el pedido del Contratista se ajusta o no, ha dicho marco normativo y contractual.

Del Contrato.

3. En cuanto al Contrato, puede apreciarse que en su cláusula primera detallada en el Anexo 1, se establece que el **monto total del Contrato asciende a S/. 533,130.50** incluido IGV, y que dicho monto comprende el suministro de 3'x 10 yardas de esparadrapo hipoalérgico, teniendo una cantidad total de 56,119 Rollos de dicho producto manteniendo como precio unitario S/. 9.50 por cada rollo.

⁷ DIEZ-PICAZO, Luis. Op. Cit. Volumen I. Pág. 401.

RSQ

4. En la cláusula décima del Contrato se establece el procedimiento de recepción y conformidad de los bienes objeto del mismo, ello conforme al Artículo 233° del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado. En dicho procedimiento se verifican la calidad, cantidad, oportunidad y lugar de entrega de los bienes. Asimismo se establece que en el caso de existir observaciones **se levantará un Acta de Observaciones** en la que, la Entidad indicará las mismas otorgándole al Contratista un plazo de 10 (Diez) días calendario para su subsanación.
5. Del mismo modo, conforme a lo indicado en su cláusula décimo quinta, el Contratista entregó a la Entidad una Declaración Jurada autorizándola a retener el 10% del valor total del Contrato (S/. 53,313.05), **importe que tiene la calidad de Garantía De Fiel Cumplimiento** conforme a lo indicado en el artículo 39° de la Ley de Contrataciones del Estado, el artículo 155° de su Reglamento y la Ley N° 28015, Ley de Promoción y Formalización de la Micro y Pequeña Empresa, y su Reglamento aprobado mediante Decreto Supremo N° 009-2013-TR.

De la Garantía.

6. En lo que respecta a la devolución de la garantía, conforme establece el artículo 155° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, el monto retenido debe ser devuelto por la Entidad a la finalización del Contrato.
7. Ahora bien, es oportuno referirse a la naturaleza jurídica de la garantía de fiel cumplimiento conforme la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento la contemplan. La garantía en mención encuentra su fundamento en el **aseguramiento**, por parte de la Entidad, de que **todas las obligaciones** emanadas del Contrato sean **cumplidas a cabalidad** por el Contratista.
8. Por lo tanto, se entiende que dicha garantía deberá ser devuelta al Contratista al cumplimiento total de las prestaciones. Es por ello que, el **cumplimiento de la obligación constituye un requisito sine qua non** para la devolución de la garantía. Cabe precisar que el cumplimiento parcial, tardío o defectuoso no posibilita la devolución de la garantía de fiel cumplimiento.

Del Cumplimiento.

9. Respecto del cumplimiento del Contrato por parte del Contratista, el Árbitro Único ha podido advertir que existe una controversia respecto del porcentaje de cumplimiento del Contrato. Por un lado, el Contratista señala que se ha cumplido con el 96.531% del Contrato, mientras que la Entidad indica que aquel solo cumplió con el 26.751% del Contrato. Es evidente, que ambas partes coinciden en el hecho que no hubo un cumplimiento total del Contrato.
10. El Árbitro Único, considera que es necesario merituar el valor de las pruebas y la contundencia de los argumentos presentados a lo largo del arbitraje por las partes. En ese sentido, el Contratista por su parte, sustenta que el porcentaje de ejecución del contrato fue de **96.531%** y se fundamenta en la Carta N° 498-GA-GCL-OGA-ESSALUD-2011 emitida por la Entidad, sin embargo tal y como ambas partes lo han señalado en todo momento **se trata del MONTO GIRADO** es decir, de la cantidad solicitada por la Entidad requiriendo en total la entrega de 54,172 rollos por un valor total de S/. 514,634.00 Nuevos Soles. Sin embargo, no consta en el expediente prueba alguna que sustente que el Contratista atendió el monto requerido.

RAD

11. Por su parte, la Entidad ha indicado que la Contratista solo ha atendido el **26,751%** del total del Contrato, se fundamenta para ello en la presentación de una serie de Anexos indicando las Órdenes de Compra no atendidas. Sin embargo, **no presenta ninguna Acta de Observaciones** que, conforme al Contrato, es el medio adecuado para dejar constancia del incumplimiento a los requerimientos. La Entidad solo se limita a manifestar que se han atendido solo la cantidad de 14,492 rollos por un valor total de S/. 142,617.74 Nuevos Soles.
12. El siguiente cuadro resume lo expresado por las partes, cabe resaltar que dicho gráfico solo se basa en lo expresado por las partes y que el Árbitro Único considera que ninguna posición ha sido debidamente fundamentada.

	Nuevos Soles	Porcentaje	Cantidad de Rollos	Fundamento
Monto Total Adjudicado	533,130.50	100%	56,119	Ambas partes conformes Contrato
Monto Total Girado	514,634.00	96.53%	54,172	Ambas partes conformes Carta N° 498-GA-GCL-OGA-ESSALUD-2011
Monto Atendido	137,674.00	26.75%	14,492	Controversia entre las partes

13. Sin perjuicio de lo antes señalado, el Árbitro Único considera que es posible concluir un tema evidente, que no ha sido sometido a controversia y que en todo caso se ha ratificado por las partes y ello es que, el Contrato **NO SE HA CUMPLIDO AL 100%**.
14. Ahora bien, ambas partes también incluyen dentro de sus escritos otros aspectos que merecen un análisis y pronunciamiento especial. Se trata de la resolución del contrato alegada por la Entidad y de la imposición de la penalidad por parte de ella ante el incumplimiento.
15. El Árbitro Único considera pertinente evaluar dichos puntos a fin de aclarar y enriquecer el laudo, sin embargo, al no haber sido materia del petitorio de la demanda o reconvenido en la contestación, y por ende no ser un punto controvertido, el Árbitro Único no puede emitir un pronunciamiento sobre el fondo pues éste se consideraría como un fallo *Ultra petita* o *Extra Petita*.
16. En ese orden de ideas, si bien se desarrollan los argumentos vertidos por las partes sobre la resolución del Contrato y la aplicación de penalidades, el Árbitro Único no emitirá un pronunciamiento sobre ello.
17. Por todo lo anterior el Árbitro Único es de la opinión que la Primera Pretensión de la demanda debe ser declarada infundada.

RAJ

Sobre el segundo punto controvertido: Determinar a quién corresponde asumir el pago de las costas y costos del proceso arbitral

405

1. Que, en lo que respecta a las costas y costos del proceso arbitral, el inciso 2 del artículo 56º del Decreto Legislativo Nº 1071 (Ley de Arbitraje), dispone que el Tribunal Arbitral, o en su caso el Árbitro Único, se pronunciará en el Laudo sobre la distribución de los costos del arbitraje, según lo previsto en el artículo 73º del referido cuerpo legal.
2. Que, de igual manera, el artículo 70º del mencionado Decreto Legislativo precisa lo siguiente:

"Artículo 70º.- Costos

El Tribunal Arbitral fijará en el laudo los costos del arbitraje. Los costos del arbitraje comprenden:

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

Que, por su parte, el inciso 1 del artículo 73º del mismo cuerpo de leyes, señala lo siguiente:

"Artículo 73º.- Asunción o distribución de costos

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

3. Que, aplicando las normas mencionadas al caso materia de análisis y atendiendo a que no existe pacto de las partes sobre las costas y costos, debe señalarse que el Árbitro Único ha apreciado que en el desarrollo del presente arbitraje el Contratista no ha probado ni argumentado suficientemente su pretensión principal motivo por el cual ésta fue declarada infundada. En ese sentido, el Árbitro Único considera que corresponde condenar al Contratista, al pago de costas y costos del presente proceso arbitral.

V. Parte Resolutiva

Que, el Árbitro Único deja constancia que para la expedición de este laudo ha analizado todos los argumentos de defensa expuestos por el Contratista ante la inacción de la Entidad y examinado las pruebas presentadas, 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 de las pruebas presentadas o actuadas y algunos de los argumentos esgrimidos no hayan sido expresamente citados en el presente laudo, habiendo tenido también presente durante la tramitación de todo este proceso arbitral y en la expedición de este laudo, los principios del derecho a un debido proceso que orientan y ordenan todo arbitraje.

Que, por las razones expuestas, de acuerdo con lo establecido en la Ley de Arbitraje, Ley de Contrataciones con el Estado y su Reglamento, el Árbitro Único, en Derecho,

LAUDA:


PRIMERO: Declarar **INFUNDADA** la Primera Pretensión formulada por el Contratista, referida a la devolución, por parte de la Entidad, de la suma ascendente a S/. 53,313.05 (Cincuenta y tres mil trescientos trece con 05/100 Nuevos Soles) por concepto de Garantía de Fiel Cumplimiento.

SEGUNDO: Declarar que corresponde condenar al Contratista al pago exclusivo de las costas y costos del presente proceso arbitral.

TERCERO: Establecer los honorarios del Árbitro Único y de la Secretaría Arbitral en los montos previamente cancelados.

CUARTO: Remitir al Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado, copia del presente laudo arbitral.

Notifíquese a las partes.



Rafael Aysaño Pasco
Árbitro Único