

LAUDO DE DERECHO

Expediente: S 286-2017/ SNA-OSCE

Demandante: Multiservicios Angel Ohmar Tour Cargo S.A. MAOTCSA

Demandado: Superintendencia Nacional de Salud - SUSALUD representada por la Procuraduría Pública de SUSALUD.

Contrato (Número y Objeto): Contrato N° 002-2017-SUSALUD/OGA "Contratación de servicio de mensajería a nivel, local, nacional e internacional".

Monto del Contrato: S/ 339 648,00 (prestaciones adicionales S/ 62 480,00).

Cuantía de la Controversia: Indeterminada.

Tipo y Número de procedimiento de selección: Adjudicación Simplificada N° 001-2017-SUSALUD.

Monto de los honorarios del Árbitro Único: S/ 3 819,00 (demanda) y S/ 4 235,14 (reconvención).

Monto de los gastos administrativos de la Secretaría Arbitral: S/ 1 765,74 (demanda) y S/ 2 115,74 (reconvención).

Árbitro Único: Juan Humberto Peña Acevedo.

Secretario Arbitral: Rossmery Ponce Novoa.

Fecha de emisión del laudo: 2 de diciembre de 2020

Número de folios: 23

Pretensiones (controversias relacionadas a las siguientes materias):

- Nulidad, invalidez, inexistencia y/o ineficacia del contrato
- Resolución de contrato
- Ampliación del plazo contractual
- Defectos o vicios ocultos
- Formulación, aprobación o valorización de metrados
- Recepción y conformidad Liquidación y pago
- Mayores gastos generales
- ✓ **Indemnización por daños y perjuicios**
 - Enriquecimiento sin causa
 - Adicionales y reducciones
 - Adelantos
 - Penalidades
 - Ejecución de garantías
 - Devolución de garantías
 - Otros(especificar).....

INDICE

I. EL CONVENIO ARBITRAL.....	3
II. NORMATIVIDAD APLICABLE AL PROCESO ARBITRAL	4
III. ANTECEDENTES.....	4
IV. FIJACIÓN DE PUNTOS CONTROVERTIDOS Y ADMISIÓN DE MEDIOS PROBATORIOS	9
V. POSICIONES DE LAS PARTES	10
VI. ANÁLISIS DE LOS PUNTOS CONTROVERTIDOS	12
VII. PARTE RESOLUTIVA.....	23

Expediente N° S-286-2017/SNA/OSCE

RESOLUCIÓN N° 11

Lima, 2 de diciembre de 2020

Luego de haberse llevado a cabo las actuaciones arbitrales conforme a las leyes de la materia; el Árbitro Único, **JUAN HUMBERTO PEÑA ACEVEDO**, en la controversia entre Multiservicios Angel Ohmar Tour Cargo S.A. MAOTCSA (**en adelante, “el Contratista”**) y la Superintendencia Nacional de Salud – SUSALUD, representada por la Procuraduría Pública de SUSALUD (**en adelante, “la Entidad”**); procede a emitir el Laudo de Derecho siguiente:

I. EL CONVENIO ARBITRAL. -

1.1. El convenio arbitral está contenido en la cláusula décimo séptima del Contrato N° 002-2017-SUSALUD/OGA “Contratación de servicio de mensajería a nivel, local, nacional e internacional”, (**en adelante, “el Contrato”**), derivado de la Adjudicación Simplificada N° 001-2017-SUSALUD.

1.2. En esta cláusula contractual se establece lo siguiente:

“Las controversias que surjan entre las partes durante la ejecución del contrato se resuelven mediante conciliación o arbitraje, según el acuerdo de las partes.

Cualquiera de las partes tiene derecho a iniciar el arbitraje a fin de resolver dichas controversias dentro del plazo de caducidad previsto en los artículos 122, 137, 140, 143, 146, 147 y 149 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado o, en su defecto, en el inciso 45.2 del artículo 45 de la Ley de Contrataciones del Estado. El arbitraje será de tipo institucional, bajo la organización y administración de los órganos del Sistema Nacional de Arbitraje del OSCE y de acuerdo con su reglamento.

Facultativamente, cualquiera de las partes tiene el derecho a solicitar una conciliación dentro del plazo de caducidad correspondiente, según lo señalado en el artículo 183 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, sin perjuicio de recurrir al arbitraje, en caso no se llegue a un acuerdo entre ambas

Expediente N° S-286-2017/SNA/OSCE

partes o se llegue a un acuerdo parcial. Las controversias sobre nulidad del contrato solo pueden ser sometidas a arbitraje.

El Laudo arbitral emitido es inapelable, definitivo y obligatorio para las partes desde el momento de su notificación, según lo previsto en el inciso 45.9) del artículo 45 de la Ley de Contrataciones del Estado”.

II. NORMATIVIDAD APLICABLE AL PROCESO ARBITRAL. -

2.1. Conforme consta en el Acta de la Audiencia de Instalación, de fecha 21 de mayo de 2019, al presente arbitraje le resulta aplicable la Ley de Contrataciones del Estado, aprobada mediante Ley N° 30225 (**en adelante, la LCE**), y su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 350-2015-EF (**en adelante, el RLCE**).

2.2. Asimismo, se regirá por la Directiva N° 024-2016-OSCE/CD - “Reglamento del Régimen Institucional de Arbitraje Subsidiario en Contrataciones del Estado a cargo del OSCE” (**en adelante, “la Directiva”**), aprobada mediante Resolución N° 275-2016-OSCE/PRE, de fecha 22 de julio de 2016; la Directiva N° 021-2016-OSCE/CD - “Tabla de Gastos Arbitrales Aplicables a los Arbitrajes Organizados y Administrado por el OSCE y los Arbitrajes Ad Hoc”, aprobada mediante Resolución N° 238-2016-OSCE/PRE, de fecha 18 de junio de 2016, y por el Decreto Legislativo N° 1071 (**en adelante, “Ley de Arbitraje”**).

III. ANTECEDENTES. -

3.1. Como resultado de la Adjudicación Simplificada N° 001-2017- SUSALUD, con fecha 22 de febrero de 2017, la Entidad y el Contratista suscribieron el Contrato, con el objeto de brindar a la Entidad el servicio de mensajería local, nacional e internacional., por un monto total de S/ 339 648,00 y en un plazo de ejecución de 12 meses, contados a partir del día siguiente de suscrito el contrato, o hasta agotar el monto contractual.

3.2. Con fecha 28 de abril de 2017, las Partes suscribieron la Adenda N° 001 al Contrato N° 0002-2017-SUSALUD/OGA, a fin de formalizar la

Expediente N° S-286-2017/SNA/OSCE

contratación de prestaciones adicionales, incorporando distritos y servicios inmediatos y/o urgentes, por S/ 62 480,00. Siendo el nuevo monto contractual S/ 402 128,00.

- 3.3. En la ejecución contractual surgieron controversias entre las partes relacionadas con los alcances y costos del servicio, que motivaron la remisión de comunicaciones, entre ellas, la Carta N° 00216-2017-SUSALUD/002-2017, de fecha 18 de octubre de 2017, Carta N° 170-2017/MAOTCSA/MS, de fecha 18 de octubre de 2017, Carta N° 173-2017/MAOTCSA/MS, de fecha 20 de octubre de 2017 y Carta N° 00240-2017-SUSALUD/002-2017, de fecha 10 de noviembre de 2017, así como de diversos correos electrónicos.
- 3.4. Mediante la Carta N° 00240-2017-SUSALUD/002-2017, de fecha 10 de noviembre de 2017, la Entidad notificó al Contratista la Resolución del Contrato N° 002-2017-SUSALUD/OGA y su Adenda N° 01, motivada, según lo señalado en dicha carta, por incumplir el Contratista con el envío de la paquetería que le fuera entregada el 16 de octubre de 2017 y que fuera devuelta sin razón alguna el 18 de octubre de 2017.
- 3.5. El Contratista, con fecha 15 de noviembre de 2017, inició una conciliación, ante el Centro de Conciliación Justice & Solution, con la pretensión que la Entidad continúe con “el Contrato N° 002-2017-SUSALUD/OGA y sobre nueva adecuación del Contrato N° 002-2017-SUSALUD/OGA respecto al servicio mensajería y carga”. La Conciliación terminó con el Acta de Conciliación Extrajudicial por Falta de Acuerdo, Acta N° 440-2017, de fecha 30 de noviembre de 2017.
- 3.6. Con fecha 13 de diciembre de 2017, el Contratista presentó una demanda arbitral ante el Organismo Supervisor de Contrataciones del Estado (OSCE), sobre “continuación del contrato N° 002-2017-SUSALUD/OGA y sobre nueva adecuación del Contrato N° 002-2017-SUSALUD/OGA respecto al servicio mensajería y carga”. La demanda fue subsanada posteriormente mediante escrito de fecha 17 de enero de 2018.
- 3.7. El 8 de mayo de 2018, la Entidad presentó su escrito de contestación de la demanda arbitral y reconvención. El cual fue subsanado mediante escrito de fecha 29 de mayo de 2018.

Expediente N° S-286-2017/SNA/OSCE

- 3.8. Con fecha 3 de julio de 2018, el Contratista contestó la reconvención planteada por la Entidad.
- 3.9. Con fecha 21 de mayo de 2019, se llevó a cabo la Audiencia de Instalación Arbitral, la cual contó con la presencia de ambas partes. En dicho acto, el Árbitro Único emitió la Resolución N° 1, con la cual se corrió traslado al Contratista del escrito presentado por la Entidad con fecha 19 de mayo de 2019. Asimismo, se hizo entrega de la Liquidación de Gastos Arbitrales (en adelante, la “Liquidación”) y, se otorgó a las partes el plazo de diez (10) días hábiles para que cumplan con acreditar el pago de los gastos arbitrales (honorarios profesionales del Árbitro Único y gastos administrativos de la Secretaría del SNA-OSCE) en la proporción a su cargo, de acuerdo a los montos y forma indicados en la misma.
- 3.10. Posteriormente, mediante Resolución N° 2, de fecha 12 de junio de 2019, se otorgó a la Entidad un plazo de 10 días hábiles a fin de que acredite el pago de los gastos arbitrales (honorarios profesionales del Árbitro Único y gastos administrativos de la Secretaría del SNA-OSCE) que correspondían al Contratista, dejándose constancia que luego de vencido el plazo el Árbitro Único quedará facultado para ordenar el archivo de las actuaciones arbitrales. Asimismo, se otorgó a la Entidad el plazo de 10 días hábiles para que cumpla con acreditar el registro de los nombres y apellidos completos del Árbitro Único en el Sistema Electrónico de Contrataciones del Estado -SEACE.
- 3.11. Mediante Resolución N° 3, de fecha 5 de setiembre de 2019, se corrió traslado a la Entidad del escrito presentado por el Contratista de fecha 11 de junio de 2019, por el que planteaba la nulidad de la resolución N° 1, alegando la falta de fundamentación del escrito de reconvención de la Entidad. Asimismo, considerando que las liquidaciones en el presente proceso se realizaron de forma separada, y dado que el Contratista no acreditó el pago de los gastos arbitrales que le corresponden, se dispuso el archivo de las pretensiones demandadas. Finalmente, se otorgó a la Entidad un plazo adicional de 10 días hábiles para que cumpla con registrar los datos completos del Árbitro Único.

Expediente N° S-286-2017/SNA/OSCE

3.12. Posteriormente, mediante Resolución N° 4 de fecha 11 de noviembre de 2019, se declaró improcedente la solicitud de nulidad de la Resolución N° 1 planteada por el Contratista. Asimismo, se tuvo por cumplida la inscripción de los datos del Arbitro Único en el Sistema Electrónico de Contrataciones del Estado -SEACE. También, se otorgó a la Entidad un plazo de cinco (5) días hábiles para que cumpla con acreditar los pagos realizados en subrogación de su contraria, esto es, honorarios del Arbitro Único y los Gastos de la Secretaría Arbitral. Asimismo, se otorgó el plazo de diez (10) días hábiles al Contratista, a efectos de que manifieste lo conveniente a su derecho respecto sólo de la admisión de la modificación de reconvención planteada por la Entidad, mediante escrito de fecha 30 de setiembre de 2019.

3.13. Con la Resolución N° 5, de fecha 20 de diciembre de 2019, principalmente: (i) se dejó constancia que el Contratista no presentó escrito alguno respecto de la admisión a la modificación de reconvención presentada por la Entidad. (ii) otorgó el plazo de 10 días hábiles al Contratista para que manifieste lo conveniente a su derecho respecto del fondo de la modificación de reconvención presentada por la Entidad; (iii) se otorgó el plazo de 5 días a la Entidad, para que cumpla con remitir los datos de la cuenta a la cual el Arbitro Único depositará la devolución de honorarios profesionales; (iv) Se indicó a la Entidad que la devolución de los gastos arbitrales que corresponda se fijarán en el laudo; y, finalmente, (v) se corrió traslado al Contratista del escrito de fecha 29 de noviembre de 2019, presentado por la Entidad.

3.14. Mediante Resolución N° 6, de fecha 17 de febrero de 2020, principalmente: (i) Se dejó constancia que el Contratista no se pronunció respecto a la admisión de la modificación de reconvención planteada por la Entidad, por lo que se admitió la ampliación de fundamentos de la reconvención presentada por la entidad teniendo presente los Memorando N° 000661-2018-SUSALUD/OGA y N° 01882-2019-SUSALUD/OGA presentados mediante el escrito de fecha 29 de noviembre de 2019; (ii) Se ordenó:

a) Declarar saneado el proceso.

Expediente N° S-286-2017/SNA/OSCE

- b) Indicar a las partes que se encuentran facultadas a conciliar hasta el momento que se emita el laudo, de ser así, deberán informarlo al Árbitro Único.
 - c) Fijar los siguientes puntos controvertidos:
 - Determinar si corresponde o no disponer el pago por concepto de Indemnización por daños y perjuicios que asciende al monto de S/. 56 581,16 como consecuencia del incumplimiento contractual del Contratista, más intereses legales.
 - Determinar si corresponde o no ordenar que el Contratista asuma el pago de costas y costos del proceso.
 - d) Admitir los medios probatorios detallados en el séptimo numeral de dicha Resolución.
 - e) Declarar el cierre de la etapa probatoria.
 - f) Otorgar a las partes un plazo de cinco días para que presenten sus alegatos escritos.
- 3.15. Con Resolución N° 7, de fecha 6 de marzo de 2020: (i) se dejó constancia que la Entidad presentó sus alegatos; (ii) que, el Contratista no presentó sus alegatos escritos; y (iii) se citó a las partes a audiencia de Informes Orales para el día lunes 23 de marzo de 2020.
- 3.16. Mediante Resolución N° 8, de fecha 31 de agosto de 2020, principalmente: (i) Se dejó constancia que las actuaciones arbitrales del presente proceso quedaron suspendidas desde el 16 de marzo de 2020 hasta el 10 de junio de 2020; (ii) Se establecieron disposiciones relacionadas con la adecuación del proceso arbitral a la situación de emergencia sanitaria vigente en el país; (iii) Se modificaron las reglas arbitrales; (iv) Se otorgó a las Partes el plazo de 5 días hábiles, para que manifiesten la existencia de cualquier otra solicitud que no cuente con pronunciamiento por parte del colegiado, bajo apercibimiento de tenerse por desistidas de las mismas en caso de incumplimiento; y (v) Se señaló nueva fecha de audiencia de informes orales para el miércoles 16 de setiembre de 2020.
- 3.17. Con la resolución N° 9, de fecha 16 de setiembre de 2020, se dejó sin efecto la audiencia de la misma fecha, atendiendo a la razón N° 1 de

Expediente N° S-286-2017/SNA/OSCE

la Secretaría Arbitral, que dio cuenta de la falta de atención del escrito del Contratista de fecha 14 de setiembre de 2020. Asimismo, se fijó como nueva fecha de audiencia el 28 de setiembre de 2020.

- 3.18. Con fecha 28 de setiembre de 2020 se realizó la Audiencia de Informes Orales, la cual contó con la presencia de ambas partes. En dicho acto, se fijó el plazo para laudar en veinte (20) días hábiles, precisándose que el mismo que se prorroga automáticamente por el plazo de quince (15) días hábiles adicionales, en ese sentido el plazo para laudar vence el 2 de diciembre de 2020.

IV. FIJACIÓN DE PUNTOS CONTROVERTIDOS Y ADMISIÓN DE MEDIOS PROBATORIOS. -

- 4.1. En la Resolución N° 6, de fecha 17 de febrero de 2020, se declaró saneado el proceso y se fijaron los siguientes puntos controvertidos:
- Determinar si corresponde o no disponer el pago por concepto de Indemnización por daños y perjuicios que asciende al monto de S/. 56 581,16 como consecuencia del incumplimiento contractual del Contratista, más intereses legales.
 - Determinar si corresponde o no ordenar que el Contratista asuma el pago de costas y costos del proceso.
- 4.2. Por otro lado, el Árbitro Único admitió los siguientes medios probatorios documentales:
- i. Copia del Contrato N° 002-2017-SUSALUD/OGA de fecha 22 de febrero de 2017.
 - ii. Copia de la Adenda N° 01 al Contrato N° 002-2017-SUSALUD/OGA de fecha 28 de abril del 2017.
 - iii. Copia del cursamiento de correos electrónicos sobre la negociación en el precio del servicio de carga.
 - iv. Copia de la Carta N° 00240-2017-SUSALUD/002-2017-SUSALUD/OGA, de fecha 10 de noviembre de 2017.
 - v. Copia de la Carta N° 216-2017-SUSALUD/OGA, de fecha 18 de octubre de 2017.

Expediente N° S-286-2017/SNA/OSCE

- vi. Copia de la Carta N° 173-2017/MAOCTASA/MS, de fecha 20 de octubre de 2017.
- vii. Copia del Acta de Conciliación sin acuerdo, de fecha 30 de noviembre de 2017, expedido por el Centro de Conciliación Justice & Solution “ECHEVARRIA”.
- viii. Copia del expediente administrativo sobre el contrato N° 002-2017-SUSALUD/OGA
- ix. Copia de la Carta N° 170-2017/ MAOCTASA/MS, de fecha 18 de octubre de 2017.
- x. Copia del Memorándum N° 00661-2018-SUSALUD/OGA con los anexos que acompaña.
- xi. Copia del Memorándum N° 01882-2019-SUSALUD/OGA.

V. POSICIONES DE LAS PARTES.-

- 5.1. Antes de entrar a la presentación de las posiciones de las partes en la presente controversia, se debe reiterar que únicamente será objeto de pronunciamiento la pretensión reconvencional indemnizatoria y la de costos arbitrales propuestas por la Entidad, pues las pretensiones consideradas en la demanda arbitral fueron archivadas ante la falta de pago de los gastos arbitrales por parte del Contratista, conforme se señaló en la Resolución N° 3, de fecha 5 de setiembre de 2019.
- 5.2. Asimismo, es necesario precisar que en la reconvención propuesta por la Entidad con fecha 8 de mayo de 2018, la Entidad planteó:
 - “1. Se declare la validez de la carta N° 00240-2017-SUSALUD/002-2017 de fecha 10 de noviembre de 2017, respecto a la Resolución total del contrato N° 002-2017-SUSALUD/OGA.
 - 2. Se declare la validez de la Carta N° 173-2017-MAOTCSA/MS de fecha 20 de octubre de 2017, respecto al incumplimiento de obligaciones contractuales.
 - 3. Se declare que el incumplimiento de la obligación contractual por parte de la contratista, es causa imputable a la contratista.

Expediente N° S-286-2017/SNA/OSCE

4. Que, en virtud del primer párrafo del artículo 137° del Reglamento de la LCE, se ordene al contratista, el pago de la indemnización que corresponda, la misma que se cuantificará en escrito complementario.
5. Que, el contratista asuma las costas y costos del presente arbitraje”.
- 5.3. Luego del archivo de las pretensiones de la demanda, la Entidad, mediante escrito de fecha 30 de setiembre de 2019, indicó que su reconvencción sería “únicamente la INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS toda vez que la Resolución del Contrato N°002-2017-SUSALUD/OGA por incumplimiento del Contratista con causa atribuible al mismo ha sido declarada consentida al declararse el archivo de la demanda de MAOTCSA”. Asimismo, en su escrito de fecha 29 de noviembre de 2019, precisó que sus pretensiones se limitaban únicamente a determinar la indemnización por daños y perjuicios que asciende al monto de S/ 56 581,16, más intereses legales, costas y costos del proceso.
- 5.1. Las posiciones de las partes, que serán expuestas a continuación, han sido obtenidas de sus escritos presentados.

La Entidad

- 5.2. La entidad solicita que el Árbitro Único ordene al Contratista el pago por concepto de Indemnización por daños y perjuicios (daño emergente) que asciende al monto de S/. 56 581,16 como consecuencia del incumplimiento contractual del Contratista, más intereses legales.
- 5.3. Precisa que mediante la Carta N° 00240-2017-SUSALUD/002-2017, de fecha 10 de noviembre de 2017, la Entidad notificó al Contratista la Resolución del Contrato N° 002-2017-SUSALUD/OGA y su Adenda N° 01, motivada por incumplir el Contratista con el envío de la paquetería que le fuera entregada el 16 de octubre de 2017 y que fuera devuelta sin razón alguna el 18 de octubre de 2017.
- 5.4. La Entidad señala que, la resolución del Contrato que ha efectuado mediante Carta N° 00240-2017-SUSALUD/002-2017-SUSALUD/OGA, de fecha 10 de noviembre de 2017, ha quedado consentida como consecuencia del archivo, en el presente arbitraje, de las pretensiones

Expediente N° S-286-2017/SNA/OSCE

demandadas por MAOTCSA, por la causal de incumplimiento del contratista, ante lo cual, agrega no cabe recurso impugnatorio alguno.

- 5.5. La Entidad menciona que la indemnización que le debe ser abonada es de S/ 56 581,16, más intereses legales, derivados de la no culminación del servicio que contrato con el proveedor, así como el impacto de su proceder contractual sobre servicio de mensajería local, nacional e internacional para la Entidad. En ese sentido, sustenta que la conducta del Contratista configura los elementos de la responsabilidad civil: Antijuricidad, factor atributivo de responsabilidad, nexo causal y daño.
- 5.1. Finalmente, la Entidad requiere que el Consorcio asuma los gastos arbitrales.

El Contratista

- 5.1. El Contratista, en su escrito de fecha 3 de julio de 2018, señaló que la resolución del Contrato fue radical y arbitraria, pese a que cumplieron el contrato de prestación de servicios y su adenda. Agrega que hubo divergencias relacionada con el exceso en el envío de paquetes que contenían una carga superior a la prevista en el Contrato, lo que se estuvo tratando con los directivos de la Entidad sobre la nueva cotización para esos excesos.
- 5.2. Pese a ello, agrega el Contratista, que con fecha 19 de octubre de 2017, la Entidad, les comunicó que estaban incumpliendo sus obligaciones contractuales, requiriéndoles que reanuden sus servicios, bajo apercibimiento de resolver el contrato. En estas circunstancias, al amparo de la Décimo Séptima cláusula del Contrato, pretendieron solucionar la controversia sobre la continuidad del Contrato a través de una conciliación, lo que no prosperó.
- 5.3. El Contratista solicitó que se declare infundada la reconvención.

VI. ANÁLISIS DE LOS PUNTOS CONTROVERTIDOS. -

Expediente N° S-286-2017/SNA/OSCE

- 6.1. Previo al análisis, el Árbitro Único deja constancia que en el estudio y análisis del presente arbitraje se han tenido en cuenta todos los argumentos efectuados por las partes, así como todas las pruebas aportadas, haciéndose una valoración en conjunto de estas, de manera que la no referencia a un argumento o una prueba no supone que no haya sido tomado en cuenta para su decisión.
- 6.2. En este apartado, corresponde efectuar el análisis de los puntos controvertidos relacionados con la reconvención planteada por la Entidad.
- 6.3. En el presente análisis, el Árbitro Único determinará si corresponde o no disponer el pago por concepto de Indemnización por daños y perjuicios (daño emergente) que asciende al monto de S/. 56 581,16 como consecuencia del incumplimiento contractual del Contratista, más intereses legales.
- 6.4. Y finalmente, determinará si corresponde o no ordenar que el Contratista asuma la totalidad de las costas y costos arbitrales.

Punto Controvertido: Determinar si corresponde o no disponer el pago por concepto de Indemnización por daños y perjuicios que asciende al monto de S/. 56 581,16 como consecuencia del incumplimiento contractual del Contratista, más intereses legales.

- 6.5. Al respecto, la Entidad fundamenta su reconvención principalmente en el hecho que la resolución del contrato que efectuaron, atendiendo a incumplimientos del Contratista, quedó consentida, pues la demanda que presentó fue archivada en el presente arbitraje. Por lo que, consideran que corresponde que el Contratista les pague una indemnización, en aplicación del primer párrafo del artículo 137° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado señala:

“Artículo 137°: Efectos de la resolución

Si la parte perjudicada es la Entidad, ésta ejecuta las garantías que el Contratista hubiera otorgado sin perjuicio de la indemnización por los mayores daños irrogados (...)”

- 6.6. Por su parte el Contratista no aporta mayores argumentos que cuestionen lo expresado por la Entidad, con relación al consentimiento de la resolución del contrato y a lo previsto en el mencionado en el primer párrafo del artículo 137° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.
- 6.7. A continuación, se desarrolla el análisis efectuado por el Árbitro Único respecto a la controversia planteada:

6.8. **Resolución de contrato por incumplimiento:**

Siendo lo deseable que los contratos culminen con la ejecución y conformidad de las prestaciones a cargo de las partes, la Resolución de contrato por incumplimiento es una forma anormal de terminación de un contrato. Esta forma anormal de terminación contractual ha sido regulada especialmente por la normativa de contrataciones estatales, la cual establece que:

- Es posible resolver el contrato por incumplimiento injustificado de obligaciones contractuales (Artículo 135° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado).
- Si alguna de las partes falta al cumplimiento de las prestaciones a su cargo, la parte perjudicada puede requerirla para que cumpla, otorgándole un plazo no mayor a 5 días para que cumpla, bajo apercibimiento de resolver el contrato (Artículo 136° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado).
- Vencido el plazo sin que la parte incumplidora haya cumplido con las prestaciones a su cargo, la parte perjudicada puede resolver el contrato (Artículo 136° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado).
- Cuando se resuelva el contrato por causas imputables a una de las partes se deben resarcir los daños y perjuicios ocasionados (Artículo 36 de la Ley de Contrataciones del Estado).
- Si la parte perjudicada es la Entidad, ésta ejecuta las garantías que el Contratista hubiera otorgado sin perjuicio de la indemnización por

Expediente N° S-286-2017/SNA/OSCE

los mayores daños irrogados (Artículo 137° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado).

- La garantía de fiel cumplimiento del contrato se ejecuta, en su totalidad, cuando la resolución por la cual la Entidad resuelve el contrato por causa imputable al contratista haya quedado consentida o cuando por laudo se declare procedente la decisión de resolver el contrato. En estos supuestos, el monto de la garantía corresponde íntegramente a la Entidad, independientemente de la cuantificación del daño efectivamente irrogado (Artículo 131° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado).

De lo expuesto queda claro, que es posible que una Entidad resuelva un contrato por incumplimiento de prestaciones a cargo del contratista. Si la resolución contractual queda consentida, la Entidad podrá ejecutar la garantía de fiel cumplimiento del contrato que le haya entregado el contratista, sin perjuicio de la **indemnización por los mayores daños irrogados**.

6.9. La resolución de Contrato N° 002-2017-SUSALUD/OGA “Contratación de servicio de mensajería a nivel, local, nacional e internacional” y sus efectos en el presente arbitraje:

- 6.10. Conforme lo hemos señalado precedentemente, mediante la Carta N° 00240-2017-SUSALUD/002-2017, de fecha 10 de noviembre de 2017, la Entidad le notificó al Contratista la Resolución del Contrato N° 002-2017-SUSALUD/OGA y su Adenda N° 01, motivada por incumplir el Contratista con el envío de la paquetería que le fuera entregada el 16 de octubre de 2017 y que fuera devuelta sin razón alguna el 18 de octubre de 2017.
- 6.11. Ante la mencionada resolución contractual, el Contratista inició una conciliación, y posteriormente el presente arbitraje, pretendiendo que se continúe con la ejecución contractual.

6.12. Presentada la Contestación de la demanda arbitral y reconvención por parte de la Entidad, no se continuó con la tramitación de la demanda arbitral por falta de pago del Contratista de los gastos arbitrales, conforme se señaló en la Resolución N° 3. Dicha circunstancia determinó que quede sin efecto el cuestionamiento formal que de alguna manera hizo el Contratista a la resolución de contrato efectuada por la Entidad.

6.13. La inexistencia de un cuestionamiento formal válido a la resolución contractual efectuada por la Entidad, determina que la resolución contractual haya quedado consentida y, en atención a ello, que se apliquen las consecuencias normativas resarcitorias antes mencionadas. Es decir, se ejecute la garantía de fiel cumplimiento de contrato a favor de la Entidad y se indemnice a ésta por los mayores daños irrogados, es decir, por los daños que sean superiores al monto de la garantía de fiel cumplimiento del contrato.

6.14. La responsabilidad civil indemnizatoria:

6.15. La pretensión de la Entidad está relacionada con un supuesto de responsabilidad civil de naturaleza contractual, debiendo por ello aplicársele las normas relativas a la inejecución de obligaciones previstas en nuestro Código Civil, a fin de determinar su procedencia.

6.16. Sobre el particular el Artículo 1321° del mencionado cuerpo legal señala lo siguiente:

“Artículo 1321.- (...) el resarcimiento por la inejecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, comprende tanto el daño emergente como el lucro cesante, en cuanto sean consecuencia inmediata y directa de tal inejecución (...)”

6.17. De acuerdo con la norma legal antes citada, el responsable debe indemnizar tanto el daño emergente como el lucro cesante, pero únicamente si son una consecuencia directa e inmediata de su inejecución.

6.18. En el presente caso, para determinar si corresponde o no reconocer a favor de la Entidad una indemnización por responsabilidad contractual, se debe analizar los Presupuestos de la Responsabilidad Civil relativos a la

Expediente N° S-286-2017/SNA/OSCE

Antijuridicidad, Factor de Atribución, Relación de Causalidad y Daño, que contempla el Código Civil y que resulta aplicable a todo caso de invocación de reparación de daños y perjuicios de naturaleza contractual como la que se formula en este caso concreto.

6.19. La Doctrina imperante en materia de Responsabilidad Civil, coincide en definir la **Antijuridicidad**, como aquella conducta que contraviene una norma prohibitiva, dichas conductas pueden ser típicas en tanto están previstas en abstracto en supuestos de hecho normativos; o, atípicas en cuanto a pesar de no estar reguladas en normas legales expresas, la verificación de las mismas viole o contravenga el ordenamiento jurídico.

6.20. Tratándose de la Responsabilidad Civil Contractual, la Antijuridicidad aludida es siempre típica; vale decir, que siempre está contenida en una norma legal expresa y nuestro ordenamiento jurídico la contempla precisamente el Código Civil, que en el artículo 1361° dice: “Los contratos son obligatorios en cuanto se haya expresado en ellos” y en el artículo 1321° dice: “Queda sujeto a la indemnización por daños y perjuicios quien no ejecuta su obligación por dolo, culpa inexcusable o culpa leve”; de tal manera que en nuestro ordenamiento jurídico, el acto antijurídico está expresamente tipificado como la inejecución de la obligación contractual por dolo, culpa inexcusable o culpa leve.

6.21. En lo relativo a la **Relación de Causalidad**, si no existe una relación jurídica de causa-efecto entre la conducta típica del imputado y el daño producido a la víctima, no habrá responsabilidad de ninguna clase; y así se ha previsto igualmente en el Código Civil, cuando en el artículo 1321°, al establecer en su segundo párrafo: “El resarcimiento por la inejecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, comprende tanto el daño emergente como el lucro cesante, en cuanto sea consecuencia inmediata y directa de tal inejecución”.

6.22. Seguidamente procede revisar el denominado **Factor de Atribución**, definido como aquel que determina finalmente la existencia de la responsabilidad civil, una vez verificados en un escenario concreto de conflicto social, los presupuestos de la responsabilidad antes citados de la Antijuridicidad y Relación de Causalidad; siendo que en materia de

Expediente N° S-286-2017/SNA/OSCE

responsabilidad civil contractual, el Factor de Atribución son la culpa y el dolo, contemplados expresamente en el citado artículo 1321° del Código Civil.

6.23. En lo que concierne al **Daño**, tratándose de la invocación de una responsabilidad civil, sea ésta de naturaleza contractual o extracontractual, resulta indispensable y hasta fundamental comprobar la existencia de éste; de modo tal que, a falta de daño, no hay nada que reparar o indemnizar; y por ende, no hay ningún problema de responsabilidad civil.

6.24. **Alcances de la responsabilidad indemnizatoria a ser asumida por el Contratista:**

6.25. Según lo expuesto, la controversia se centra en establecer, si corresponde o no, que se ordene al Contratista el pago de una indemnización por concepto de Indemnización por daños y perjuicios que asciende al monto de S/. 56 581,16 como consecuencia de su incumplimiento contractual, más intereses legales. Corresponde examinar si se presentan los Presupuestos de la Responsabilidad Civil.

6.26. **Antijuridicidad:** Conforme a lo expuesto, el Código Civil, en su artículo 1361° señala que los contratos son obligatorios en cuanto se haya expresado en ellos, y el Artículo 40° de la Ley de Contrataciones del Estado, señala que: “El contratista es responsable de ejecutar la totalidad de las obligaciones a su cargo (...)”.

6.27. Por lo que, las prestaciones del Contrato a cargo de las partes debían ser ejecutadas por las partes en su integridad, en ese sentido, el incumplimiento del Contratista del envío de la paquetería que le fuera entregada el 16 de octubre de 2017 y que fuera devuelta por éste a la Entidad el 18 de octubre de 2017, constituiría una conducta antijurídica, considerando que contra dicha imputación de incumplimiento de la Entidad no existe a la fecha ningún cuestionamiento formal que vaya a dejarla sin efecto.

6.28. **Relación de Causalidad:** De los hechos expuestos precedentemente se tiene que existe una relación jurídica de causa-efecto entre la conducta del

Expediente N° S-286-2017/SNA/OSCE

Contratista de incumplir sus obligaciones contractuales fue una consecuencia inmediata y directa del daño generado a la Entidad, pues debió recurrir a contratación no prevista para evitarse perjuicios.

6.29. **Factor de Atribución:** Habiendo quedado consentida la resolución del Contrato por causal atribuible al Contratista, debe considerarse la existencia de una actitud dolosa del Contratista para no cumplir sus obligaciones contractuales, sobre todo si se tiene en cuenta que el 18 de octubre de 2020, devolvió paquetería que recibió el 16 de octubre de 2017.

6.30. **Daño:** La Entidad sustenta un daño derivado de las contrataciones que debió hacer para salvaguardar sus intereses. Así, señala que gasto en el año 2017: S/ 13 666,00, en el año 2018: S/ 22 500,00, además de gastos por servicios de Courier pagados por caja chica entre 13 de noviembre de 2017 y 14 de febrero de 2018 por S/ 20 415,16. La suma de los montos mencionados asciende a S/ 56 581,16.

6.31. La Entidad, en su escrito presentado el 17 de mayo de 2019, ha señalado que: “El Daño que se ha generado es un daño emergente, ya que, ante el incumplimiento por parte de la contratista reconvenida, mi representada tuvo que realizar la contratación de terceras personas (motorizados) y gastos por caja chica para envíos a provincia con la finalidad que se cubra el servicio de mensajería por el periodo restante después de la resolución del contrato, esto es posterior al 13 de noviembre de 2017, **lo cual generó un gasto adicional que no se tenía previsto**” (resaltado y subrayado nuestro).

6.32. De acuerdo a lo informado por la Entidad, han realizado el gasto de S/ 56 581,16, para cubrir los servicios que dejó de atender el Contratista en lo que restaba del plazo contractual. Sin embargo, es necesario tener en cuenta aspectos sustanciales en la determinación del daño alegado:

- a) La Entidad señala que ha evitado daños con las contrataciones que efectuó por S/ 56 581,16. La Entidad no ha alegado daños mayores al monto mencionado.

Expediente N° S-286-2017/SNA/OSCE

- b) La Entidad ha retenido como garantía por fiel cumplimiento del contrato el monto de S/ 40 212,80 (Memorandum N° 0066I-2018/SUSALUD/OGA). Dicha garantía corresponde a la Entidad, sin perjuicio de la cuantificación del daño, habiendo estado facultada a reclamar los mayores daños que se le puedan haber ocasionado.
- c) Teniendo en cuenta que parte del daño alegado (S/ 56 581,16) será resarcido con la garantía de fiel cumplimiento (S/ 40 212,80), la Entidad, debería probar los mayores daños que se le han ocasionado por el monto de S/ 16 368,36.
- d) De la información alcanzada por la Entidad para la prueba del daño, no es posible determinar si este supera los S/ 40 212,80, pues debe tenerse en cuenta que, si el Contrato se hubiera continuado ejecutando, la Entidad habría continuado pagando al Contratista montos que no pueden determinarse con la información alcanzada. La Entidad no ha establecido cuánto más ha pagado por los servicios que tuvo que contratar (motorizados y otros) con relación a lo que tenía previsto pagar al Contratista. La diferencia entre dichos montos sería el daño efectivo que se le habría ocasionado.
- e) De otro lado, la Entidad señala que **ha tenido que realizar gastos adicionales que no tenían previstos**, los cuales ascenderían a S/ 56 581,16. Sin embargo, de la documentación alcanzada se aprecia que a la fecha de resolución del contrato se había alcanzado una ejecución de S/ 200 892,00 (Memorandum N° 0066I-2018/SUSALUD/OGA), de un contrato que tenía un monto de S/ 339 648,00 más el monto considerado en la Adenda por prestaciones adicionales por S/ 62 480,00.

Es decir, no se aprecia el gasto adicional no previsto, pues el monto de lo ejecutado del Contrato más lo contratado adicionalmente (motorizados y otros) ascienden a S/ 263 372, monto inferior al previsto pagar por el contrato resuelto.

6.33. Estando al análisis efectuado de los elementos de la responsabilidad civil, apreciamos que la Entidad no ha probado el daño que reclama, no siendo posible amparar su pretensión de pago de S/ 56 581,16. La falta de

Expediente N° S-286-2017/SNA/OSCE

acreditación del daño no permite siquiera evaluar la aplicación de la norma prevista en el artículo 1332^{o1} del Código Civil, pues dicha norma parte de considerar que existe un daño, el cual como hemos señalado no ha sido acreditado. En ese sentido, la pretensión reconvenzional analizada deviene en infundada.

Punto controvertido: gastos arbitrales

6.34 El numeral 1° del artículo 56° de la Ley de Arbitraje², establece que, el Tribunal Arbitral se pronunciará en el laudo sobre la asunción o distribución de los costos del arbitraje.

6.35 Asimismo, de conformidad con el numeral 8.3.26 de la Directiva, el laudo final se pronunciará sobre los gastos del arbitraje y decidirá si una de las partes debe pagarlos o la proporción en que debe distribuirse entre ellas.

6.36 De acuerdo con el artículo 70° de la Ley de 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.

6.37 Por su parte, el numeral 1° del artículo 73° de la Ley de Arbitraje³ dispone, respecto a los criterios a tener en cuenta en la distribución de

¹ “Si el resarcimiento del daño no pudiera ser probado en su monto preciso, deberá fijarlo el juez, con valoración equitativa”.

² Decreto Legislativo N° 1071, Decreto Legislativo que norma el arbitraje
“Artículo 56.- Contenido del laudo. (...)

2. El tribunal arbitral se pronunciará en el laudo sobre la asunción o distribución de los costos del arbitraje, según lo previsto en el artículo 73”.

³ Decreto Legislativo N° 1071, Decreto Legislativo que norma el arbitraje
Artículo 73.- Asunción o distribución de costos.

1. 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,

Expediente N° S-286-2017/SNA/OSCE

los costos del arbitraje, que lo primero a tener en cuenta es el acuerdo de las partes. Asimismo, a falta de dicho 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.

6.38 En el presente caso, en los documentos que obran en el expediente arbitral no se evidencia un acuerdo entre las partes respecto a la forma en que se debe distribuir los costos del arbitraje.

6.39 Considerando la incertidumbre jurídica que existía entre las partes y que motivó la reconvención planteada en el presente arbitraje, al margen del hecho de que en su concepto ambas partes tenían motivos suficientes y atendibles para litigar, habida cuenta de que debían defender sus pretensiones en vía arbitral, en consecuencia, el Árbitro Único estima que cada parte debe asumir los costos que incurrió como consecuencia del presente proceso arbitral en forma proporcional, es decir, 50% cada una.

6.40 En ese sentido teniendo en cuenta que los gastos arbitrales relacionados con la reconvención han sido cubiertos íntegramente por la Entidad, corresponde que el Contratista le reintegre el 50% de los gastos arbitrales cancelados, es decir la suma de S/. 2 301,70 (por honorarios arbitrales) y S/ 1 057,87 (por gastos administrativos de la Secretaría del SNA-OSCE).

6.41 De otro lado, estando pendiente la determinación de los montos a devolverse por concepto de gastos arbitrales, derivados del archivo de las pretensiones de la demanda, conforme se señaló en la Resolución N° 5, se determina que se devolverán los mencionados gastos arbitrales, correspondientes a los honorarios arbitrales y por gastos administrativos de la Secretaría del SNA-OSCE, según liquidación de gastos arbitrales de fecha 14 agosto de 2018, entregada a las partes en la Audiencia de Instalación Arbitral.

6.42 Por otro lado, el Árbitro Único señala que, respecto a los costos incurridos por las partes en su defensa deberán ser asumidos por éstas.

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.

Expediente N° S-286-2017/SNA/OSCE

VII. PARTE RESOLUTIVA:

En virtud de los considerandos precedentes, el Árbitro Único resuelve:

PRIMERO. - Declarar **INFUNDADA** la Pretensión Reconvencional de la Superintendencia Nacional de Salud referida al pago de una indemnización por el monto de S/ 56 581,16.

SEGUNDO. - Declarar **INFUNDADA** la Pretensión Reconvencional de la Entidad referida al pago de los costos arbitrales, **ORDENAR** que ambas partes asuman los gastos arbitrales en proporciones iguales.

TERCERO. - **DISPONER** la devolución de los honorarios arbitrales y por gastos administrativos de la Secretaría del SNA-OSCE, correspondientes a la demanda, según liquidación de gastos arbitrales de fecha 14 agosto de 2018, entregada a las partes en la Audiencia de Instalación Arbitral.

CUARTO. - **ORDENAR** al Contratista que reintegre a la Entidad el monto de S/ 3 359,57 correspondiente a los gastos arbitrales derivados de la reconvención, conforme al detalle expuesto en la parte considerativa del Laudo.

QUINTO. - **DISPONER** la remisión de una copia de este Laudo al Organismo Supervisor de la Contrataciones del Estado.

Notifíquese a las partes.



JUAN HUMBERTO PEÑA ACEVEDO
Árbitro Único