

LAUDO ARBITRAL NACIONAL DE DERECHO

Expediente Arbitral Tribunal AD-HOC

Lima, 10 de febrero del 2010.

LAS PARTES:

- GLOBAL STRATEGIC SUPPLIERS, CORP.
- VII DIRECCIÓN TERRITORIAL DE LA
POLICIA NACIONAL DEL PERU – LIMA

TRIBUNAL ARBITRAL:

MARIO LINARES JARA
LUIS ERNESTO HUAYTA ZACARIAS
VICENTE FERNANDO TINCOPA TORRES


SECRETARÍA ARBITRAL:

MARÍA RAQUEL VIVANCO CASAS



VISTOS:

I. EXISTENCIA DE UN CONVENIO ARBITRAL.-

- 1.1 El artículo 197° del Reglamento del Texto Único Ordenado de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, aprobado mediante Decreto Supremo N° 084-2004-PCM (en adelante, el Reglamento) señala que *“Tratándose de adjudicaciones de menor cuantía, distintas a las convocadas para la ejecución y consultoría de obras, el contrato se podrá perfeccionar con la recepción de la orden de compra o de servicio.”*
- 



- 2.4 Mediante Carta de fecha 26 de mayo de 2009, se le comunica al Dr. Mario Linares Jara su designación como Presidente del Tribunal Arbitral.
- 2.5 Mediante Carta de fecha 27 de mayo de 2009, el Doctor Mario Linares Jara acepta su designación como Tercer Árbitro y Presidente del Tribunal Arbitral.
- 2.6 Con fecha 24 de junio de 2009, se llevó a cabo la Audiencia de Instalación del Tribunal Arbitral, con la asistencia de los representantes de la DITERPOL y GSS.

En dicho día, se llevó a cabo la audiencia, donde se declaró abierto el proceso arbitral.

Asimismo, se señaló que la Secretaría se encontraba facultada para y fijar nuevos anticipos de honorarios arbitrales y gastos administrativos.

Seguidamente, los miembros del Tribunal Arbitral declararon no tener ninguna incompatibilidad ni compromiso alguno con las partes, obligándose a ejercer el cargo con imparcialidad, independencia y probidad.

- 2.7 Mediante Resolución N° 01, de fecha 14 de julio de 2009 se dispuso tener por recibido el escrito de demanda presentado por GSS, cuya admisión quedaría suspendida hasta que cumplierse con efectuar el pago por honorarios arbitrales, otorgándole así un plazo de tres (03) días hábiles para aquello.
- 2.8 Mediante Resolución N° 02, de fecha 22 de julio de 2009, se tuvo por cumplido el pago por honorarios arbitrales efectuado por GSS, admitiéndose así la demanda arbitral. Del igual modo, se corrió traslado a DIRTEPOL, concediéndosele un plazo de diez (10) días hábiles para su contestación y/o reconvencción.
- 2.9 Mediante Resolución N° 03, de fecha 17 de agosto de 2009, se dispuso otorgar un plazo de cinco (05) días hábiles a fin de que Global Strategic Suppliers procediese a subrogarse en la obligación de pago por honorarios arbitrales correspondiente a

DIRTEPOL. De igual modo, dispuso tenerse por admitida a trámite la contestación de la demanda.

2.10 Mediante Resolución N° 04 de fecha 27 de agosto de 2009, el Tribunal resolvió conceder el plazo de treinta (30) días calendarios a partir de su notificación a GSS a fin de que efectuase el pago por concepto de honorarios arbitrales.

2.11 Mediante Resolución N° 05 de fecha 09 de octubre de 2009, el Tribunal dispuso otorgar el plazo de cinco (05) días hábiles computados desde la notificación de dicha resolución a GSS a fin de que procediese a efectuar el pago por honorarios arbitrales.

2.12 Mediante Resolución N° 06 de fecha 20 de octubre de 2009, el Tribunal Arbitral resolvió tenerse por cumplido el pago de los honorarios arbitrales en su totalidad. Asimismo, dispuso otorgar un plazo de tres (03) días desde su notificación a fin de que ambas partes procediesen a formular su propuesta de puntos controvertidos.

Seguidamente, procedió a citar a ambas partes a la Audiencia de Conciliación y Determinación de Puntos Controvertidos a realizarse el día 12 de noviembre de 2009 a las 12:30 p.m., la cual se llevó a cabo con el quórum por mayoría de los árbitros de acuerdo con las reglas del proceso, cuestión que no fue objetada por ninguna de las partes. En esta audiencia se fijó como fecha para la realización de la Audiencia de Pruebas el día 27 de noviembre del 2009, a las 12.30 p.m. audiencia que se llevó a cabo con el quórum por mayoría de los árbitros de acuerdo con las reglas del proceso, cuestión que no fue objetada por ninguna de las partes, y con sólo la asistencia del representante de DITERPOL.

2.13 Mediante Resolución N° 07 de fecha 27 de noviembre de 2009, el Tribunal resolvió dar por concluida la etapa probatoria y asimismo, dispuso otorgar a las partes un plazo de cinco (05) días hábiles contados a partir de su notificación a fin de que cumpliesen con presentar sus alegatos escritos.

III. PRETENSIONES PLANTEADAS POR GLOBAL STRATEGIC SUPPLIERS.-

3.1 Con fecha 09 de julio de 2009, GSS presentó su escrito de demanda, planteando la siguiente pretensión:

a) Que la Entidad pague una indemnización por un monto equivalente a S/. 1'040,870.00 (Un millón cuarenta mil ochocientos setenta y 00/100 Nuevos Soles) por concepto de daño emergente y lucro cesante por resolución injustificada del contrato.

3.2 Seguidamente, señalan como fundamentos de hecho, lo siguiente:

a) Que, pese a haber solicitado a DIRTEPOL mediante Carta N° PERU-PNP-268/2008 de fecha 30 de diciembre de 2008, la oportuna emisión de los documentos a fin de realizar los trámites correspondientes, estos habían sido entregados de manera incompleta, recibándose el último el día 19 de febrero. Dichos documentos eran los siguientes:

- Orden de Compra N° 273
- Carta de Intención de Uso
- Certificado de Último Destino
- Formato DSP-83

b) Que, inmediatamente después de recibir la Orden de Compra N° 273 habían iniciado las gestiones ante la fábrica ALS TECHNOLOGIES, INC en el afán de actuar con la debida diligencia.

c) Que, recién después de tener la documentación completa es que habían podido iniciar los trámites ante el Departamento de Estado de los Estados Unidos a fin de obtener el "Permiso de Exportación", los cuales duran de 4 a 6 semanas.

En ese sentido, señalan que mediante Carta N° PERU-PNP-280/2009 de fecha 2 de marzo de 2009 habían informado a la PNP que el día 30 de marzo de 2009 estarían realizando la entrega del material solicitado.

- d) Que, durante la ejecución de la Orden de Compra N° 273 había ocurrido una tormenta invernal, declarada desastre mayor en el Estado de Arkansas, lugar donde se ubica la fábrica de ALS TECHNOLOGIES, INC, lo cual motivó a que dicha empresa alegase causas de fuerza mayor. En base a aquello, señalan que dicha situación fue comunicada a DIRTEPOL mediante Carta de fecha 06 de abril de 2009, solicitándole un plazo de 90 días adicionales a fin de cumplir con las obligaciones y compromisos asumidos.
- e) Que, mediante Carta N° PERU-PNP-285/2009 de fecha 08 de abril, informaron que podían reducir el plazo a 45 días debido a que ALS TECHNOLOGIES, INC había logrado reactivar su producción antes de lo previsto y habían podido obtener una prioridad al pedido de DIRTEPOL.
- f) Seguidamente, mencionan que mediante Oficio N° 2009-VII-DIRTEPOL/PNP.SEC, el jefe de UNILOG-OFIADM-VII-DIRTEPOL resolvió la Orden de Compra, argumentando lo siguiente:
- Que, Global Strategic Suppliers se había comprometido a entregar el lote de cartuchos en un plazo no mayor a 25 días calendario, plazo que según señalan, nunca había sido indicado.
 - Que, el plazo vencía el 13 de marzo de 2009, plazo que no entendían de donde había sido obtenido.
 - Que, resultaba paradójico el hecho que hayan logrado reducir el plazo de ampliación de 90 días a 45.
 - Que, el requerimiento de cartuchos había sido efectuado en el periodo fiscal 2008, el mismo que ya había perdido vigencia, por lo que resultaba inoficioso seguir ampliando el plazo de entrega.

- Que, habiéndose vencido el plazo de 05 días conferido por el Oficio N° 145.2009-VII-DIRTEPOL/PNP.SEC y asimismo, habiéndose acumulado el máximo de la penalidad por mora, les resolvían la Orden de Compra.

g) Asimismo, GSS señala que la solicitud de entrega para el día 30 de marzo no había obedecido a ninguna extensión de los tiempos normales de tramitación, sino que se había debido a demoras por parte de DIRTEPOL, por lo que la primera ampliación habría sido la de 90 días.

En tanto a la pérdida de vigencia del requerimiento, manifiestan que DIRTEPOL había obviado el hecho de que la entrega de documentos había culminado el día 19 de febrero de 2009

h) Por otro lado, argumentan que la resolución de la orden de compra había sido injustificada debido a lo siguiente:

- Que el Reglamento establece en su artículo 225° las siguientes causales de Resolución:

“(...) que el contratista:

- 1) Incumpla injustificadamente obligaciones contractuales, legales o reglamentarias a su cargo, pese a haber sido requerido para ello.
- 2) Haya llegado a acumular el monto máximo de la penalidad por mora en la ejecución de la prestación a su cargo; o
- 3) Paralice o reduzca injustificadamente la ejecución de la prestación, pese a haber sido requerido para corregir tal situación.”

- Que el numeral 4) del artículo 232° del Reglamento establece que la ampliación de plazo procedería por caso fortuito o fuerza mayor, motivo por el cual la ampliación de 90 días solicitada debería haber sido declarada procedente.

- Que el Oficio N° 145-2009-VII-DIRTEPOL/PNP.SEC, mediante el cual efectuaban el requerimiento del material lacrimógeno en un plazo de 05

días no es válido debido a que DIRTEPOL asumía que habían incumplido con sus obligaciones sin sustentar fundamento alguno.

- Que no se había alcanzado el monto máximo de la penalidad por mora establecido en el artículo 222° del Reglamento.
- Que el documento por el cual se había resuelto la orden de compra no había sido aprobado por una autoridad del mismo nivel jerárquico que quien había aprobado el proceso, vulnerándose así el artículo 41° de la Ley.

i) Finalmente, procede a detallar cada uno de los elementos de la responsabilidad, señalando los siguientes:

- El hecho dañoso, el cual se configuró al resolverse el contrato por causales diferentes a las establecidas en los artículos 222° y 225° del Reglamento.
- El daño indemnizable, el cual se ve constituido por el daño emergente al no haberse percibido el monto de la Orden de Compra, equivalente a S/. 40,870.00 (Cuarenta mil ochocientos setenta y 00/100 Nuevos Soles) y por el lucro cesante, equivalente al 25% de las ventas efectuadas en el año 2008, S/. 1'000,000.00 (Un millón y 00/100 Nuevos Soles)
- El factor de atribución, en cuyo aspecto objetivo se incurrió al haberse resuelto la Orden de Compra por causales diferentes a las establecidas en los artículos 222° y 225° del Reglamento.
- El nexo causal.

3.3 Como parte de su demanda, Global Strategic Suppliers ofreció los siguientes medios probatorios:

- a) Copia de la Orden de Compra N° 273 del 29 de diciembre de 2008
- b) Cargo de la Carta de fecha 06 de abril remitida a DIRTEPOL
- c) Cargo de la Carta N° PERU-PNP-285/2009
- d) Copia del Oficio N° 145-2009-VII-DIRTEPOL/PNP.SEC
- e) Oficio N°-2009-VII-DIRTEPOL/PNP.SEC

- f) Copia de la Carta de fecha 08 de abril de 2009, remitida por ALS TECHNOLOGIES, INC a la DIRTEPOL, con su traducción.
- g) Impresión del registro federal de noticias del Estado de Arkansas de fecha 04 de febrero de 2009, con fotos que acreditan los hechos
- h) Copia de documentos y facturas relacionadas a sus operaciones de venta de bienes a las entidades del Estado en el año 2008.

Asimismo, solicitaron que DIRTEPOL presentase los siguientes documentos:

- a) Carta N° PERU-PNP-268/2008
- b) Carta N° PERU-PNP-279/2009
- c) Carta N° PERU-PNP-270/2009

IV. POSICIÓN DE DIRTEPOL CON RELACIÓN A LA DEMANDA

Con fecha 12 de agosto de 2009, DIRTEPOL presentó su escrito de contestación a la demanda planteando las siguientes pretensiones:

- **Pretensión Principal:** Se declare infundada la demanda y se confirme la resolución total del contrato de adquisición de cartuchos lacrimógenos por incumplimiento injustificado de obligaciones a cargo de Global Strategic Suppliers y por su defecto, se desestime el pedido de indemnización planteado en su demanda.
- **Pretensión Accesorio:** Se ordene a GSS pagar todos los costos y costas debidos a esta controversia.

En ese sentido, procedió a analizar los puntos sustentados por la demandante:

d) En relación a la solicitud de ampliación del plazo contractual

- En tanto dicho punto, señaló que esta había sido extemporánea debido a que la situación de desastre mayor había sido declarada dos meses

antes, cuando lo que establece el artículo 232° del Reglamento es que la solicitud debe ser efectuada dentro de los siete (07) días hábiles de finalizado el hecho generador de la paralización.

- Que en tanto al Acta de Declaración de Desastre Mayor, esta no aportaba elemento alguno que permitiese determinar que la producción del lote de mil cartuchos lacrimógenos se encontraba paralizada al 06 de abril de 2009, por lo que el fundamento no estaba respaldado por hechos apreciables objetivamente e incontrovertibles, así como por fundamentos de derecho y medios probatorios idóneos.
- Que en tanto al documento denominado "Proforma Invoice", este se encontraba titulado en dos idiomas distintos, lo cual generaba dudas acerca de su autenticidad, así como el hecho de que la Carta emitida por David Maddon no haya contado ni con firma ni legalización consular.
- Seguidamente, señalan que los documentos señalados en el párrafo anterior nunca habían sido entregados, lo cual impediría que sean invocados como fundamento de causas de fuerza mayor.
- Que la solicitud de ampliación de plazo debería haberse fundamentado en una declaración proveniente de una Entidad Estatal, en donde fuese señalado con precisión el daño causado a la fábrica, toda vez que la sola presentación de manifestaciones de parte interesada no generaba convicción para modificar el calendario contractual.
- Finalmente, se amparan en las resoluciones N° 1537-2008-TC-S3 y N° 2320-2008-TC-S3, emitidas por el Tribunal de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, las cuales según indican, establecen que los contratistas se encuentran obligados a entregar los bienes requeridos dentro del plazo dispuesto en el contrato.

e) En relación a la demanda de indemnización

- En tanto a la demanda por indemnización, señalan que el daño emergente es la ganancia que se deja de percibir y no la totalidad de la

venta efectuada, motivo por el cual rechazaban el monto correspondiente al total de la Orden de Compra emitida a GSS.

- En tanto al lucro cesante, indican este se configuraría luego de haberse declarado infundada la demanda arbitral y de haberse seguido un procedimiento administrativo sancionador con una correspondiente sanción, así como después de haberse determinado que la Policía Nacional del Perú hubiese querido seguir contratando con Global Strategic Suppliers por un monto similar.

c) En relación al funcionario que suscribió la Orden de Compra

- En relación a dicho punto, señalan que el Jefe de Unidad Logística, el Cmdte. PNP Leandro Flores Delgado, ostenta un nivel jerárquico superior al Jefe de Adquisiciones, al Jefe de Abastecimiento y al Jefe de Valor Referencial, quienes fueron los que suscribieron la Orden de Compra.

Cabe señalar que no adjuntaron medios probatorios

V. AUDIENCIA DE CONCILIACIÓN Y DETERMINACIÓN DE PUNTOS CONTROVERTIDOS.-

Con fecha 12 de noviembre de 2009, se llevó a cabo la Audiencia de Conciliación y Determinación de Puntos Controvertidos, con el quórum por mayoría de los árbitros de acuerdo con las reglas del proceso, cuestión que no fue objetada por ninguna de las partes, en donde se fijó lo siguiente:

- Determinar si corresponde ordenar a DIRTEPOL el pago de la indemnización por daño emergente y lucro cesante por resolución injustificada de contrato ascendente a la suma de S/. 1'040,870 (Un millón cuarenta mil ochocientos setenta y 00/100 Nuevos Soles).

Handwritten signature and initials in black ink, located at the bottom left of the page.

- Determinar si se declara infundada la demanda y se confirma la resolución total del contrato de adquisición de cartuchos lacrimógenos por incumplimiento injustificado de obligaciones a cargo de Global Strategic Suppliers.
- Determinar a quien corresponda el pago de las costas y costos del presente proceso.

Seguidamente, se admitieron los medios probatorios ofrecidos por GSS, otorgándose un plazo de cinco días hábiles a fin de que DIRTEPOL presentase la documentación solicitada por el primero.

Finalmente, se fijó como fecha el día 27 de noviembre de 2009 para la realización de la Audiencia de Pruebas

VI. AUDIENCIA DE PRUEBAS

Con fecha 17 de noviembre, se llevó a cabo audiencia de pruebas con el quórum por mayoría de los árbitros de acuerdo con las reglas del proceso, cuestión que no fue objetada por ninguna de las partes, en donde se contó con la asistencia del representante de DIRTEPOL.

En dicha audiencia se tuvo por no presentados los documentos requeridos a DIRTEPOL, dándose así por terminada la etapa probatoria

VII. ANÁLISIS DE LOS PUNTOS CONTROVERTIDOS.-

1. CUESTIONES PRELIMINARES

Antes de entrar a analizar la materia controvertida, corresponde confirmar lo siguiente: i) que, el Tribunal Arbitral se constituyó de conformidad con la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado y su Reglamento; ii) que, en ningún momento se interpuso recusación alguna contra algún miembro del Tribunal

Arbitral, o se efectuó algún reclamo contra las disposiciones establecidas en el Acta de Instalación; iii) que, GLOBAL STRATEGIC SUPPLIERS presentó su escrito de demanda dentro de los plazos dispuestos y ejerció plenamente su derecho al debido proceso; iv) que, VII DIRECCIÓN TERRITORIAL DE POLICÍA – LIMA, fue debidamente emplazado, y que ejerció plenamente su derecho de defensa y; v) que, las partes tuvieron plena oportunidad para ofrecer y actuar todos sus medios probatorios, así como ejercer la facultad de presentar alegatos e, inclusive, de informar oralmente.

Con relación a los medios probatorios, éstos deben tener por finalidad acreditar los hechos expuestos por las partes, producir certeza en el Tribunal Arbitral respecto a los puntos controvertidos y fundamentar las decisiones, conforme a los principios generales de la prueba; Necesidad, Originalidad, Pertinencia y Utilidad de la prueba.

Estos medios probatorios deben ser valorados de manera conjunta, utilizando su apreciación razonada y que, si no se prueba los hechos que fundamenta su pretensión, la demanda deberá ser declara infundada.

Finalmente, de conformidad con lo establecido en el artículo 43° del Decreto Legislativo N° 1071 -Decreto Legislativo que norma el Arbitraje- el Tribunal Arbitral tiene a la facultad para determinar de manera exclusiva la admisión, pertinencia y valor de las pruebas y para ordenar en cualquier momento la presentación o la actuación de las pruebas que estime necesarios.

Siendo ese el estado de las cosas se procede a laudar dentro del plazo establecido.

2. Del pago de la indemnización por daño emergente y lucro cesante por la resolución injustificada.

IR



Para efectos de determinar si corresponde el pago de una indemnización es menester analizar previamente si la resolución del contrato por parte de la DIRTERPOL VII fue ajustada a derecho. Dicho acto administrativo se ha materializado mediante el oficio N° -2009-VII-DIRTERPOL/PNP de fecha 14 de abril del 2009, el cual ha sido diligenciado por la Notaria Clara Carnero Avalos. En dicho oficio la DITERPOL VII, afirma que el contratista no ha cumplido en el plazo pactado con la entrega del material lacrimógeno y que luego de la orden de compra el contratista debió gestionar de forma diligente y a la brevedad la obtención del formato DSP -83 lo que no fue realizado y que por lo contrario gestionó con tardanza el 16 de febrero de 2009. Asimismo se indica que el plazo inicial vencía el 13 de marzo de 2009 pero que este fue ampliado hasta el 30 de marzo habida cuenta de una solicitud del contratista y como muestra de buena fe contractual. Luego el documento alude a una solicitud reiterada de ampliación de plazo de parte del contratista argumentando fuerza mayor para a continuación sostener que el requerimiento de los bienes, habiendo sido realizado en el año 2008, ya había perdido vigencia y que estando próximo también a que se reviertan los recursos destinados al pago respectivo, resulta inoficioso conceder una ampliación en el plazo de entrega. Finalmente, el oficio refiere que habiéndose vencido el plazo de cinco días otorgado mediante la carta respectiva y habiéndose acumulado el monto máximo de la penalidad por mora, de acuerdo al artículo 226 del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, la Entidad ha determinado resolver el contrato.

17

Ahora bien, antes de entrar en detalle respecto del análisis de la resolución contractual conviene recurrir al Texto Único Ordenado de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado mediante Decreto Supremo N° 083-2004-PCM, y a su Reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo N° 084-2004-PCM a efectos de determinar si, en el presente caso, se ha cumplido con el procedimiento establecido para la solución de controversias en la ejecución de los contratos públicos.

18

Al respecto, el artículo 227° del Reglamento, establece que surgida una controversia sobre la resolución del contrato, cualquiera de las partes podrá recurrir al arbitraje, de ser el caso, dentro del plazo de quince (15) días hábiles siguientes de comunicada la resolución.

En ese sentido, de acuerdo a la normativa especial de contratación pública, el contratista contaba con un plazo de quince días hábiles calculados a partir del 14 de abril del 2009 es decir, hasta el 05 de mayo del 2009 para solicitar el inicio de un arbitraje para dilucidar la controversia surgida por la resolución de contrato llevada a cabo por DITERPOL.

De autos se advierte que GSS solicitó el inicio de un arbitraje mediante Carta N° PERU-PNP-286/2009 recepcionada por la DITERPOL con fecha 30 de abril del 2009, y mediante Carta N° PERU-PNP-287/2009 recepcionada el 07 de mayo del 2009, precisa su pretensiones arbitrales y la cuantía de las mismas. La DITERPPOL mediante oficio N° 231-2009-VII-DITERPPOL/PNP.SEC acusa recibo de la solicitud de arbitraje así como de la ampliación de la cuantía en controversia presentadas por GSS, y acepta someterse al arbitraje para poner fin a la controversia surgida con ocasión de la resolución de la orden de compra N° 273 del 29 de diciembre del 2008. En consecuencia, corresponde que este Tribunal lleve a cabo un análisis respecto de la validez de la resolución de contrato indicada, sólo como paso previo de la determinación o no de una indemnización por daños y perjuicios, ello en tanto no ha sido materia de la demanda que el tribunal establezca o no la nulidad o que quede sin efectos el acto administrativo de resolución contractual.

Prosiguiendo con el análisis debe considerarse que si bien es cierto la resolución contractual se encuentra regulada por la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado y su Reglamento, por lo que debe forzosamente incidirse en la verificación de los supuestos de hecho que habilitan la resolución contractual, también es cierto que dicho acto tiene la naturaleza de administrativo razón por la que debe igualmente considerarse el régimen de invalidez del acto

15

administrativo contenido en la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General (en adelante LPAG).

Al hilo de lo expuesto, debe determinarse si de acuerdo con el artículo 225° del Reglamento, el Contratista incurrió en lo siguiente:

- Incumplimiento injustificado de sus obligaciones contractuales, legales o reglamentarias, pese a haber sido requerido para ello.
- Haber llegado a acumular el monto máximo de la penalidad por mora en la ejecución de la prestación a su cargo.

2.1.1 Supuestos normativos contenidos en la Ley de Contrataciones del Estado y en la Ley del Procedimiento Administrativo General:

- a) Incumplir injustificadamente obligaciones contractuales, legales o reglamentarias a su cargo, pese a haber sido requerido para ello.

Como es de verse, en el acto administrativo de resolución contractual -el oficio -2009-VII-DIRTEPOL/PNP.SEC de fecha 14 de abril del 2009- se afirma que el contratista no ha cumplido en el plazo pactado con la entrega del material lacrimógeno, sin embargo se aprecia de las pruebas aportadas y del mismo dicho de la DITERPOL, que el plazo de entrega se empezaría a computar luego de recibida la orden de compra y el certificado de último destino, lo cual se verificó conforme reconocen ambas partes el 16 de febrero del 2009, fecha por lo tanto a partir de la cual debe computarse el plazo de 45 días establecido en las Bases para la entrega de los bienes.

Ahora bien, de acuerdo a lo señalado por el contratista irrumpe en el contrato un hecho de fuerza mayor que imposibilita el cumplimiento en nuevo plazo, cuestión que fue comunicada mediante carta de fecha 08 de abril del 2009. Como fluye del acto administrativo bajo análisis no existe referencia respecto de

Handwritten marks and signatures on the left side of the page, including a large stylized signature and a smaller one below it.

la invalidez o la negación de la fuerza mayor argumentada por el contratista sino que se sostiene además de una pérdida de vigencia del requerimiento sin exhibirse ni citarse el documento pertinente del área u órgano usuario de la Entidad, la próxima reversión de los recursos destinados al pago. Al respecto este Tribunal debe indicar que de conformidad con la LPAG y la normativa especial de contrataciones del Estado, ante el planteamiento de la ampliación de plazo por fuerza mayor, el proceder legal de la Entidad debió centrarse justamente en la aceptación o negación del pedido motivando su decisión con argumentos fácticos y legales cosa que no se ha verificado en el acto, por lo contrario se ha sostenido como negación del pedido del contratista cuestiones de supuesta conveniencia administrativa, atribución que no le ha sido conferida a la Entidad ni de forma reglada, ni mediante conceptos indeterminados, ni discrecionalmente por norma alguna, ni aún tácitamente, siendo ello así, entiende el Tribunal, porque debiéndose procurar en un Estado de derecho el otorgamiento de seguridad jurídica del sistema contractual público, el cumplimiento de un contrato no puede estar librado a la vigencia del requerimiento o a la reversión de los recursos que no se han podido gastar en el plazo inicialmente previsto. La ampliación de plazo deducida por los contratistas debió obligar a la Entidad a un análisis de fondo en tanto que no está en juego solamente el interés del particular que contrata con el Estado sino la satisfacción de una finalidad pública a cargo de la Entidad contratante.

Ahora bien, al no verificarse las causales establecidas en la norma para la resolución contractual, el Tribunal se pronuncia en el sentido de que y en relación a la ampliación de plazo solicitada por fuerza mayor, el acto administrativo de resolución contractual carece del requisito de validez contemplado en el numeral 2 del artículo 3° de la LPAG (Objeto y Contenido) que señala que *“los actos administrativos deben expresar su respectivo objeto, de tal modo que pueda determinarse inequívocamente sus efectos jurídicos. Su contenido se ajustará a lo dispuesto en el ordenamiento jurídico, debiendo ser lícito, preciso, posible física y jurídicamente, y comprender las cuestiones surgidas de la motivación.”* [Resaltado agregado]

En relación a si el vicio del acto es esencial o no, pudiendo haber sido convalidado de tratarse del segundo caso de acuerdo al principio de conservación del acto recogido por la LPAG, el Tribunal se encuentra en la necesidad de realizar un examen sobre el fondo del asunto pues de acuerdo a la ley citada, si a pesar del vicio incurrido el acto hubiese sido el mismo, este tendría que convalidarse.

Pues bien, debe estarse primero a que de los documentos aportados por el contratista y que no han sido observados por la demandada, efectivamente existió un caso de fuerza mayor. Ahora, en relación a lo alegado por la demandada en relación a que de acuerdo al artículo 232° del Reglamento, las ampliaciones de plazo deben solicitarse a los 7 días de acontecido el hecho que justifica el mismo o de finalizado el hecho generador del atraso o paralización; es de verse que el artículo indicado se encuentra referido a un supuesto distinto al acontecido, esto es que la fuerza mayor sea conocida por el contratista, cuestión que en el caso no se verificó por acontecer el mismo en la localidad de Arkansas, EE.UU. por lo que este no pudo ser conocido, ni sus efectos sobre la fábrica, sino hasta que el hecho sea comunicado. Una interpretación en el sentido de aplicar el artículo 232° del Reglamento para el presente caso devendría en injusto situación que no es acorde con el derecho y que este Tribunal por tanto no puede sostener. La integración de la norma utilizando el principio de buena fe que debe existir entre las partes de un contrato es por lo tanto admisible y aplicable, razón por lo que la fecha a partir de la cual deberá computarse los siete días indicados, es a partir de la comunicación que realiza el fabricante norteamericano, el 08 de abril del 2009, cuestión que como se aprecia de autos es como ha acontecido.

En razón a lo expuesto, el Tribunal declara que en relación al supuesto normativo de incumplimiento de obligaciones que habilita la resolución contractual, este no se ha verificado para el caso, por lo que en este extremo la resolución ha sido declarada indebidamente, careciendo por tanto de fundamento

legal, por lo que se verifica la existencia de un daño indemnizable, sostener lo contrario sería otorgar ilegalmente una prerrogativa pública a la Entidad en el sentido de que le es permitido, a diferencia de los particulares, resolver contratos sin asidero fáctico y /o legal sin que medie consecuencia alguna pues faltaría todavía que se desarrolle un procedimiento administrativo sancionador, procedimiento que y siguiendo la lógica de la Entidad, debería terminar con una inhabilitación para contratar con el Estado.

El plano de lo indemnizable debe correr por cuerda separada de la sanción administrativa en cuestión, al menos hasta antes de la resolución administrativa firme de inhabilitación en el derecho de contratar con el Estado. En efecto, el daño en el plano contractual se ha constituido per se con la resolución misma, producto de lo cual no se le otorga lo que corresponde por derecho al contratista, cuestión que causa perjuicios de todo orden, entre otros, el hecho mismo de tener que asirse de un procedimiento administrativo previo al proceso arbitral (nombramiento de árbitros), el proceso arbitral mismo, el tiempo que ambos conllevan, etc.

Un contrato indebidamente resuelto ocasiona un daño sin importar incluso la existencia o no de una cláusula contractual o una disposición legal que por dicha resolución, imponga a la parte que "incumple", de forma inmediata o luego de un procedimiento, la sanción de no poder contratar con un gran sector de clientes. El daño en esta hipótesis se maximiza, lo que no implica que luego de la ejecución del procedimiento administrativo respectivo, de demostrarse que la resolución del contrato carece de sustento, el daño fuese inexistente o que este se "diluya". Aunque en menor grado, afirmamos, el daño ha existido. En efecto, el hecho mismo de la incertidumbre en relación a ser o no sancionado por el OSCE inhabilitando al particular en su derecho a contratar con el Estado constituye un daño, puesto que por un lado, estando consentido el extremo de la nulidad del acto administrativo de resolución del contrato sin poder ser el mismo recurrido en la vía arbitral se puede interpretar que este traería como consecuencia natural una sanción administrativa, pero por otro, al mismo



tiempo, debe ejecutarse el respectivo procedimiento administrativo en el cual puede darse el caso que el Colegiado Administrativo determine que no existe mérito para una sanción; esta misma incertidumbre decimos, causa perjuicios inherentes en relación a la certeza que toda empresa posee en relación al ejercicio de sus derechos y a la razón de ser de toda empresa, esto es la generación de utilidades, la generación de lucro, viéndose restringida decisiones naturales de planificación empresarial, la ejecución de inversiones, de mantenimiento de stocks, de realizar estudios de mercado, asociaciones y todo lo que conlleva la marcha regular de una empresa, cuestiones que en la práctica inciden respecto de la pérdida de chance y de un lucro frustrado, más aún y como ya se ha indicado, la actividad que realiza la empresa en relación a su condición de proveedor del Estado es de carácter restringido por lo que la competencia no es abierta y general.

Como es de verse, no reconocer el daño causado por una resolución contractual que no se ha ceñido a derecho debido a que está pendiente un procedimiento administrativo sancionador, el mismo que potencialmente puede agravar el daño; no es razonable y siendo que la razonabilidad en un principio onmivalente aplicable al derecho, este debe ser reconocido, atendiendo también además a que de lo contrario podría constituirse un abuso del derecho y la vulneración del principio de buena fe.

2.2 Acumulación del monto máximo de la penalidad por mora.

Respecto de este punto el Tribunal advierte que aunque no existe en el acto administrativo el cálculo respectivo de la penalidad, cuestión que podría tenerse como una ausencia de motivación que vicie el acto administrativo, el cálculo puede realizarse de manera sencilla debiendo computarse como fecha de inicio del incumplimiento de acuerdo a lo señalado en el punto precedente, el día 03 de abril del 2009, es decir considerando el plazo contractual desde el día siguiente en que era posible el cumplimiento de la obligación del contratista. Ahora bien, habiendo transcurrido doce (12) días de incumplimiento por la penalidad diaria de S/.

221.06, en la fecha de la resolución del contrato, 14 de abril del 2009, solamente se había acumulado S/. 2,724.72 y no se había cumplido con el máximo de la mora acumulada que da lugar al supuesto normativo de resolución contractual, el 10% del monto contractual que era de S/.4,087.00. Por lo tanto en este extremo también, no se verifica en los hechos el supuesto normativo que habilita la resolución contractual, razón que sustenta la ilegalidad del acto administrativo de resolución contractual.

Por todo lo anterior y concluyendo el punto, debemos indicar que efectivamente el contrato se ha resuelto de manera injustificada, por lo que corresponde analizar el pago de la indemnización por daño emergente y lucro cesante.

2.3. De la indemnización por daño emergente y lucro cesante

De acuerdo a los hechos que están acreditados en el proceso, resulta incontestable la presencia del daño, y que el mismo ha sido causado por la DITERPOL VII. También están presentes todos los elementos de la responsabilidad, nexo causal incluido, la consecuencia no puede ser otra que un laudo que declare fundada la pretensión indemnizatoria, pero este laudo tiene que contener un *quantum indemnizatorio*, ya que los árbitros no podemos limitarnos a amparar dicha pretensión indemnizatoria genérica.

Como señala el profesor Mario Castillo Freyre *"en muchos casos es más fácil probar los daños que probar los perjuicios porque al fin y al cabo los daños constituyen un menoscabo al patrimonio futuro de la víctima y, por tanto, cuando hablamos de perjuicios, hablamos fundamentalmente de una especulación, especulación que necesitará evidente asidero legal y evidente asidero probatorio, pero especulación al fin y al cabo, porque nadie es dueño ni*

nadie conoce a ciencia cierta lo que pasará en el futuro, o lo que realmente la víctima dejó de ganar en el futuro."¹

La parte actora GSS demanda el pago de una indemnización de daño emergente a título de responsabilidad civil contractual y de lucro cesante a título de responsabilidad civil contractual

Para ello debemos evaluar el daño derivado de la resolución injustificada del contrato (responsabilidad civil contractual) así como el perjuicio derivado del hecho dañoso (responsabilidad civil extracontractual). Identificarlo es la primera investigación cognoscitiva sobre la existencia del daño: *an debeatur*, y convertirlo en valor monetario equivalente es la segunda investigación que implica la cuantificación del daño: *quantum debeatur*

Tal y conforme lo ha señalado GSS, el daño resarcible o indemnizable *-an deberatur-* son las consecuencia negativas de la lesión de un interés jurídicamente protegido de carácter patrimonial o extrapatrimonial que sufre una persona natural y jurídica, que en caso sub-litis son el daño emergente y el lucro cesante.

Por lo tanto conforme al artículo 1321° del Código Civil -el cual establece que queda sujeto a la indemnización de daños y perjuicios quien no ejecuta sus obligaciones, comprendiendo dicha indemnización tanto el daño emergente, lucro cesante, en cuanto sean consecuencia inmediata y directa de tal inejecución- corresponde amparar la pretensión indemnizatoria por daño emergente.

El daño emergente según la definición del profesor Juan Espinoza Espinoza "*es la pérdida que sobreviene en el patrimonio de un sujeto afectado por el incumplimiento de un contrato o por haber sido perjudicado por un acto ilícito o*

¹ Mario Castillo Freyre, Responsabilidad Civil, tomo II, Lima: Editorial Rodhas, 2006, pp. 177-183

*como sostiene un sector autorizado de la doctrina italiana, la disminución de la esfera patrimonial del dañado*²

El daño emergente —cuya indemnización se reclama — está vinculado directamente a la resolución del contrato contenido en la orden de compra N° 273, la cual era por un monto de S/. 40,870.00, suma de dinero que contractualmente formaba parte del patrimonio de GSS, y que contra la entrega de los cartuchos lacrimógenos objeto de la orden de compra N° 273 se iba a efectivizar. Sin embargo al haberse resuelto injustificadamente dicho contrato, esos S/. 40, 870.00 salen de su patrimonio, o en otras palabras el patrimonio de GSS se ve disminuido en ese importe por el hecho de haberle resuelto el contrato, pues se le impidió así entregar los cartuchos lacrimógenos requeridos y poder efectivizar ese dinero. Pero así como iban en ingresar en el patrimonio de la GSS el monto íntegro de la orden de compra N° 273 — los S/. 40, 870.00— GSS debía incurrir en gastos tales como el costo de los cartuchos lacrimógenos contratados, el cual asciende a la suma de US\$ 9,380.00, de los cuales GSS llegó a pagar el 25%, US\$ 2,345.00 (los cuales a un tipo de cambio de S/. 2.85 por US\$ es equivalente a S/. 6,683.25) como fluye de las pruebas aportada por el propio demandante, esto es la P.O. Number 120 de fecha 8 de Enero de 2009 y la Pro forma Invoice del 6 de Enero de 2009.

12

Ahora en cuanto a la utilidad de la operación comercial, es conocido que las inversiones de menor volumen llevan consigo una utilidad alta, cuestión que se corrobora en la relación del precio a pagarse en los EEUU (US\$ 9,380.00 o su equivalente al cambio referencial del S/2.85 por dólar americano, esto es S/ 26,733.00) y el precio del contrato equivalente a S/40,870.00, por lo que se establece que la utilidad ya generada era de aproximadamente S/ 10,000.

² Juan Espinoza Espinoza, Derecho de la Responsabilidad Civil, Gaceta Jurídica, Lima, 2002, pp. 157,158

[Handwritten signature]

En cuanto al lucro cesante – y en la medida que este es reclamado a título de responsabilidad civil extracontractual- debemos analizar si efectivamente nos encontramos frente a un supuesto de responsabilidad civil. Para ello debemos analizar el lucro cesante como el daño que se dice haber sufrido.

Este es definido también por el profesor Juan Espinoza Espinoza como "*el no incremento en el patrimonio del dañado (sea por incumplimiento de un contrato o por un acto ilícito)*"³,

Aquí el tipo de daño que se dice haber causado es la pérdida de oportunidad, pérdida de chance o perdida de una ocasión favorable, como se le denomina en la doctrina comparada, en donde también se le define como la pérdida actual de un mejoramiento patrimonial futuro y posible, configurándose bajo la forma de lucro cesante como un daño resarcible que busca reparar el agravio cuando el acto dañoso ha frustrado la posibilidad – aunque todavía no había certeza- de obtener cierta ventaja patrimonial o de evitar un perjuicio. Ello determina que se haya privado al sujeto agraviado de ejercer las posibilidades que tenía de conseguir un beneficio patrimonial o de evitar un menoscabo que, aunque futuro, no por ello no deja de ser indemnizable.

Cabe anotar que la DITERPOL que en el punto 2.2 de su escrito de contestación de demanda al referirse al lucro cesante, lo entiende como la privación del aumento patrimonial por la ganancia estimada, y trata de explicar que para que en este caso se configure el mismo, "*primero tendría que declararse infundada la demanda arbitral de GSS, luego seguirse un procedimiento administrativo sancionador, en el que ejerza su derecho de defensa, se gradúe la sanción imponible.*" Sin embargo la controversia sometida a este Tribunal, es el pago de una indemnización por resolución injustificada de contrato, y no establecer la nulidad o que quede sin efectos el acto administrativo de resolución contractual. Por lo tanto debemos asumir que GSS ha consentido la resolución de la orden de compra, y solamente está reclamando en este proceso arbitral, la

³ ESPINOZA, op. cit. 158

indemnización de los daños y perjuicios presentes y futuros que dicho acto dañoso (la resolución injustificada de la orden de compra) origina. Así, lo alegado por la DITERPOL en su contestación de demanda, no guarda relación alguna con la controversia, ya que solamente sería aplicable en caso este Tribunal debiera pronunciarse sobre la nulidad o que quede sin efectos el acto administrativo de resolución contractual, lo cual como ya hemos dejado expresa constancia, no es competencia de este Tribunal, y el hecho que se realice un análisis respecto a que si el contrato fue resuelto injustificadamente, no enerva los efectos de dicha resolución contractual, y es solamente para la determinación o no de una indemnización por daños y perjuicios

En este orden de ideas, al haber quedado consentida la resolución de la orden de compra por causa imputable al contratista, tal y conforme lo ha determinado la DITERPOL en el acto administrativo por el cual resuelve el contrato, estos hechos han sido informados al Tribunal de la OSCE, el cual de conformidad al artículo 294°, le aplicará la sanción correspondiente de inhabilitación temporal para contratar con el Estado por un periodo no menor a un (01) año ni mayor a dos (02) años, con lo cual se está configurando un perjuicio a futuro, el lucro cesante bajo la forma de pérdida de chance

Si bien es cierto que no nos es posible determinar si GSS, hubiese vendido - después de cumplir con ejecutar el contrato contenido en la orden de compra N° 273- más de S/. 4'000,000 a DITERPOL VII, como lo hizo en el año 2008, lo que le hubiese dejado a GSS como afirma en su demanda S/. 1'000,000 de utilidad, si podemos advertir que nos encontramos frente a un supuesto indemnizatorio en que confluyen un elemento de certeza y un elemento de incertidumbre. Certeza, en el sentido de que, de no mediar el evento dañoso, GSS habría conservado la oportunidad de obtener una ganancia en la magnitud que reclama, pero también a su vez se presenta la incertidumbre de si, manteniéndose la situación de hecho o de derecho que era el presupuesto de la chance, GSS habría obtenido la ganancia en la magnitud que reclama.

Así, el hecho dañoso constituido por la resolución injustificada del contrato contenido en la orden de compra N° 273, ha ocasionado en GSS a título de responsabilidad civil contractual -pues es la consecuencia directa de la resolución del contrato- un daño emergente consistente en que ésta ha dejado de cobrar S/. 40,870.00, suma que como crédito ya estaba en su patrimonio, y por tanto esa suma- a la cual se le deberían debitar los costos de la operación comercial- ese es el menoscabo patrimonial actual.

Como lucro cesante -pérdida de chance- a título de responsabilidad civil extracontractual del tipo objetivo pues la DITERPOL, es un órgano de una persona jurídica o entidad, al nivel del derecho civil, es responsable objetivamente. No se puede hablar de culpa, dolo o negligencia de la persona jurídica, incurren en estos supuestos sus representantes, titulares o dependientes de la misma, Por tanto, tratándose de un supuesto de responsabilidad civil extracontractual y de conformidad al artículo 1981° y 1985° del Código Civil concluimos que la DITERPOL VII a incurrido en un supuesto de responsabilidad civil extracontractual objetiva.

La pérdida de chance supone un resarcimiento menor en comparación con el que cabe en la reparación de daños ciertos. Se trata de un ámbito en el que interviene de modo predominante el prudente criterio de los árbitros. No importa acordar cualquier indemnización, sino la que resulte justa y apropiada, en función a las circunstancias del caso. Un criterio de orientación puede ser atender a lo que hubiese correspondido como indemnización de haber un daño cierto en lugar de una chance y aplicar un porcentaje sobre el monto, más o menos elevado según la probabilidad de lo esperado. Para decirlo de otro modo hay que deducir de la estimación pecuniaria del daño como si hubiera sido cierto, el margen de incertidumbre característico de la chance.

Para estimar el *quantum* indemnizatorio por la pérdida de la chance, debemos analizar la conducta de quien sufre el daño, pues si GSS tuvo la oportunidad de

evitar la frustración de ganancias o pérdida de chance, se le podría imputar culpa concurrente que lo haga compartir el perjuicio sufrido. Pero de lo actuado en autos, no existe prueba alguna de ello, por el contrario se advierte que GSS realizó todos los actos a su alcance para cumplir con su prestación y evitar la resolución del contrato, inclusive mediante la Carta N° PERU-PNP-285/2009, pese a haber solicitado una ampliación del plazo de entrega de 90 días, reduce el plazo ampliatorio solicitado a 45 días, hecho que según DITERPOL "resulta paradójico".

También debemos analizar el grado de incertidumbre de que GSS hubiera obtenido la ganancia en la magnitud que reclama. Así pues tenemos que GSS en el mes de julio del 2008 celebra un contrato con la Dirección de Logística de la PNP para proveerle de equipos antimotín por un monto de S/. 3'944,966.40, y con fecha 29 de diciembre del 2009, celebra con la VII DITERPOL-LIMA-PNP otro contrato para proveerle de cartuchos lacrimógenos mediante la Orden de Compra N° 273 -cuya resolución es objeto de indemnización- es decir que GSS celebró durante el año 2008 dos (02) contratos para proveer equipos antimotín y cartuchos lacrimógenos solamente a la Policía Nacional del Perú-PNP, lo que nos informa que prácticamente existía un mercado cautivo para los negocios de GSS, esto nos permite asumir que el grado de incertidumbre no era muy alto y que por tanto que era probable una chance a favor de GSS de obtener una ganancia de continuar proveyendo a PNP, si bien es cierto no en magnitud que se reclama, pero que aplicando nuestro criterio de equidad estimamos como razonable en un 20% del monto reclamado como indemnización por lucro cesante.

En consecuencia y conforme al estado del proceso, el Tribunal Arbitral

LAUDA:

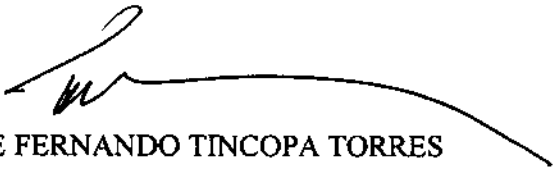
PRIMERO: DECLARAR FUNDADA EN PARTE la primera pretensión, en tal sentido ordenar que la **VII DIRECCIÓN TERRITORIAL DE POLICÍA – LIMA** pague la suma de S/. 216,683.25 (**DOSCIENTOS**

DIECISEIS MIL SEISCIENTOS OCHENTA Y TRES Y 25/100 NUEVOS SOLES) a GLOBAL STRATEGIC SUPPLIERS, CORP., de los cuales S/. 16,683.25 (DIECESEIS MIL SEISCIENTOS OCHENTA Y TRES Y 25/100 NUEVOS SOLES) por concepto de daño emergente, y S/.200,000.00 (DOSCIENTOS MIL Y 00/100 NUEVOS SOLES) por concepto de lucro cesante –pérdida de chance– más los intereses legales que se devenguen desde la fecha de la resolución del contrato.

SEGUNDO: DISPONER que VII DIRECCIÓN TERRITORIAL DE POLICÍA – LIMA asuma los gastos arbitrales y los gastos comunes-honorarios del Tribunal Arbitral y de la secretaria arbitral, autorizándose para la materialización de ello a la secretaria arbitral.



MARIO LINARES JARA
Presidente del Tribunal Arbitral



VICENTE FERNANDO TINCOPA TORRES
Árbitro



MARÍA RAQUEL VIVANCO CASAS
Secretaría Arbitral