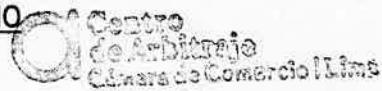


Mabe  
2465

LAUDO ARBITRAL DE DERECHO



1) **Lugar y Fecha de la Expedición:** Lima, 04 de Marzo de 2014.

2014 MZ0 7 AM 10 57

2) **Nombres de las partes:**

**Demandante:** Consorcio integrado por las empresas **QUALITY AVIATION INC y AOP CORPORATION**, en adelante "El Consorcio".

**Domicilio Procesal:** Casilla No. 1159 del Departamento de Notificaciones del Ilustre Colegio de Abogados de Lima (Sede Palacio Nacional de Justicia – 4to Piso).

**Representante Legal:** Dra. Ruth Yamold Martínez (DNI No. 08069009)

RECIBIDO

ESTADO DE

CONFORMIDAD

**Demandada:** Fuerza Aérea del Perú, en adelante "La FAP"

**Domicilio Procesal:** Av. 28 de Julio No. 363, Oficina 204, Lima.

**Representantes Legales:** Dr. Emilio Cueva Sánchez (DNI No. 07241175) - Procurador a cargo de los asuntos Judiciales del Ministerio de Defensa relativos a la Fuerza Aérea del Perú.

Dr. Javier Ángel Calderón (DNI No. 07712275) – Procurador Adjunto de los asuntos judiciales del Ministerio de Defensa relativos a la Fuerza Aérea del Perú.

3) **Miembro del Tribunal Arbitral:**

Arbitro Único: Dr. Diego Martín Calmet Mujica.

Aceptación de Funciones: Carta del 20 de Febrero de 2013.

Se hace la precisión que al referirse al presente árbitro se utilizará las nominaciones de "Tribunal Arbitral" y/o "Arbitro Único".

4) **Vistos:**

4.1. **Antecedentes:**

4.1.1. **Acta de Instalación:**

Con fecha 21 de Marzo de 2013 se instaló el Tribunal Arbitral Unipersonal conformado por el Arbitro Único, Dr. Diego Martín Calmet Mujica, el mismo que manifestó su aceptación para desempeñar el encargo de Arbitro Único.

El Arbitraje es Internacional, de Derecho, de conformidad con el Convenio Arbitral contenido en el Artículo No. 10 del Contrato Internacional No. 0430-CACE-GRUP3-2010 de fecha 13 de Agosto de 2010.

El Arbitraje se sujetó a las normas procesales establecidas en el Acta de Instalación, teniendo como sede institucional el local del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima (en adelante el Centro).

#### 4.1.2. Demanda Arbitral:

Por documento de fecha 08 de Abril del 2013, recibido en el Centro el mismo día, el Consorcio integrado por las empresas **QUALITY AVIATION INC. Y AOP CORPORATION**, en adelante "El Consorcio" planteó las siguientes pretensiones:

- i. **Pretensión Principal:** Que se deje sin efecto la Resolución C.G. ALAR No. 2, No. 0089-ALAR2, de fecha 22 de Octubre de 2012, que declaró la Resolución del Contrato Internacional No. 0430-CACE-GRUP3-2010, del 13 de Agosto de 2010, proveniente del Proceso de Compras al Extranjero No. CE-9-2010-CACE2-FAP/GRUP3, convocado para la adquisición de material Aeronáutico al Helicóptero SCHWEIZER S-300-C, por considerar que la misma ha sido realizada en forma injustificada por la Fuerza Área del Perú.
- ii. **Pretensión Accesoria:** La Restitución de los importes indebidamente cobrados por la FAP, por concepto de penalidad por Mora en la entrega de los materiales en adquisición.

#### 4.1.3. Fundamentos de Hecho:

- i) La Fuerza Aérea del Perú, en adelante "La FAP" o "FAP", a fin de obtener la adquisición de material aeronáutico aplicable al helicóptero **SCHWEIZER S-300-C**, convocó el Proceso de Contratación en el Extranjero No. CE-9-2010-CACE2-FAP/GRUP3, llevado a cabo el 12 de Mayo de 2010, en el cual El Consorcio obtuvo la Adjudicación de la Buena Pro.

Conforme a lo establecido en las Bases del Proceso, la validez de la oferta presentada por El Consorcio tuvo una vigencia de 60 (sesenta) días a la fecha de su presentación, tiempo suficiente para la suscripción del Contrato respectivo, el mismo que debió ser firmado el 11 de Junio de 2010, sin embargo el mismo se firmó el 13 de Agosto de 2010, 92 (noventa y dos) días después de la fecha de adjudicación de la Buena Pro, es decir cuando ya había vencido la validez de la oferta presentada. Dicha situación obligó a El Consorcio a renegociar con el fabricante los costos de los bienes en adquisición, que sufrieron un incremento mayor al diez (10) por ciento, debido a que se había vencido largamente la validez de los precios ofertados por el fabricante SCHWEIZER (Helicopter Customer Support – Sikorsky Aerospace Services Company), hecho que, según El Consorcio, habría generado un desmedro en sus expectativas económicas, las cuales tuvo que asumir, a fin de mantener el compromiso con La FAP. Ello fue comunicado oportunamente al GRUP3 (FAP) mediante comunicación del 29 de Noviembre de 2010.

- ii) Que las causas del retraso en la suscripción del contrato y la causa de los contratiempos que devinieron en la alteración de los plazos de atención del material fue con el afán de querer invalidar la adjudicación realizada a favor de El Consorcio, relacionadas con supuestas diferencias en las firmas de las Propuestas presentadas, tal como se aprecia del documento que obra como Anexo 2-E de la demanda, lo cual concluyó el 08 de Julio de 2010, con el

pronunciamiento de la Secretaría de Adquisiciones y Contrataciones de la FAP – SCFA, cuando comunicó al Consorcio que resultaba viable la continuidad de la contratación, al haberse legitimado y ratificado la suscripción de las propuestas de acuerdo a lo establecido en el Artículo 129 numeral 2 de la Ley del Procedimiento Administrativo General.

- iii) Que El Consorcio consideró que las razones expuestas, referidas al Artículo 129 numeral 2 de la Ley del Procedimiento Administrativo General carecían de sustento legal, puesto que dicha norma faculta a la autoridad a pedir la ratificación de la firma, sin perjudicar la continuación del procedimiento (y lo hecho por el SACFA había perjudicado y retrasado la firma del contrato, al señalar que la propuesta carecía de validez porque alguien señaló que las firmas diferían). Sostiene además, El Consorcio, que no se realizaró mayores objeciones con el único propósito de agilizar la suscripción del Contrato para proceder a ejecutar la atención de la adjudicación.
- iv) Que fueron razones ajenas a la voluntad de El Consorcio las que motivaron el retraso en la suscripción del Contrato, toda vez que La FAP introdujo cuestionamientos infundados, insostenibles y carentes de todo sustento legal, lo que ocasionó la pérdida de la validez de la oferta presentada y la subsecuente pérdida de la condición *prior sale*, alterándose la atención de los plazos ofertados.
- v) Que producida la atención de los materiales por los importes de US\$ 68,128.01 (atención de un motor y componentes) y US\$ 71,975.99 y ante la tramitación realizada para el pago de los US\$ 71,975.99 con aplicación de penalidad por retraso en la entrega de material, se iniciaron negociaciones en las que participaron diversos órganos de la FAP, lo que culminó con la suscripción de la Adenda No. 1 del Contrato (que obra como Anexo 2-G de la Demanda Arbitral)
- vi) Asimismo, el Consorcio sostiene que la Adenda No. 1 del Contrato determinó que no existía razón para la aplicación de penalidad alguna para las entregas realizadas, estableciéndose la necesidad del pago de US\$ 71,975.99 y la entrega del material pendiente de atención en cuatro envíos, sujetos al cumplimiento de los pagos parciales correspondientes por cada atención por parte de la FAP.
- vii) Que luego de suscrita y puesta en vigencia la Adenda No. 1 del Contrato, se volvieron a presentar incumplimiento en las obligaciones de LA FAP, relacionadas a los pagos por las entregas parciales realizadas; sin embargo a pesar de dicho incumplimiento EL CONSORCIO realizó otras entregas de material, que no fueron oportunamente pagadas, y cuando éstos fueron pagados se realizaron con aplicación de las correspondientes penalidades, lo cual fue motivo de reclamo por parte de El Consorcio, solicitándose inclusive a LA FAP el inicio del proceso arbitral correspondiente que nuestra parte aún esperaba a la fecha de la resolución unilateral del Contrato.
- viii) El Consorcio sostiene, además, que si las entregas parciales realizadas antes de la suscripción de la Adenda no se encuentran afectas a penalidad alguna, debido a que las razones que motivaron su entrega con posterioridad a la fecha establecida fueron generadas por razones atribuidas a LA FAP, las entregas posteriores a la suscripción de la Adenda, en la forma establecida en su Artículo Tercero, tampoco pueden encontrarse afectas al pago de penalidad

alguna, debido a que, en su oportunidad, no se cumplía (por parte de La FAP), la condición inicial del pago por la entrega realizada.

- ix) Que no obstante lo anteriormente señalado, La FAP decidió resolver, unilateralmente, el Contrato, lo cual fue comunicado mediante la Carta No. GAB3-No.2076, de fecha 22 de Octubre de 2012. Asimismo, se sostiene que la resolución se habría producido en razón que El Consorcio no habría cumplido con subsanar, dentro del plazo otorgado, ciertas observaciones presentadas a los internamientos de material realizados.

El Consorcio sostiene que los documentos que obran en calidad de Anexo 2-K de la Demanda Arbitral demuestran que en todo momento se atendió y absolvio las observaciones realizadas por la FAP, lo que posibilitaba culminar satisfactoriamente con la entrega total del material en adquisición.

Asimismo se señala que, no obstante haberse realizado las acciones pertinentes que determinaron la subsanación de la mayor parte de las observaciones, la FAP mantuvo ciertas observaciones, sin sustento técnico y legal alguno, a pesar que el propio fabricante, en forma directa y documentada aseveró y confirmó que dichos materiales eran los que correspondían a lo requerido por La FAP. Por otro lado, la FAP mantuvo observaciones en lo referido a materiales de ferretería, que según dicha entidad no podían ser material aceptado por cuanto los mismos no figuraban en las publicaciones denominadas IPC revisado 2008 del fabricante, a pesar que dicho fabricante señaló en forma directa y por escrito que los requerimientos para el modelo S300C (material de adquisición), deben establecerse con el IPC revisado 2008 y los PN específicos (que no aparezcan en el IPC revisado 2008) deben ser complementados con la información contenida en el Spare Parts Lits 2010 (Lista de Precios 2010) de Repuestos Originales OEM, emisión oficial de SCHWEIZER AIRCRAFT Corp., fabricante y proveedor de dichos materiales, aseveración y confirmación realizada por el fabricante, que los especialistas de la FAP, inexplicablemente y sin sustento técnico ni legal la FAP rechazó, exigiendo que dicha información debía de ser colocada por el fabricante en un nuevo IPC, lo cual constituye una exigencia y requerimiento excesivo y fuera del ámbito de la competencia de La FAP, puesto que se pretende regular la marcha comercial y operaciones del fabricante, al exigir la emisión de publicaciones como la señalada que, al no cumplirse motivó la resolución del contrato.

- x) El Consorcio culmina su exposición de Fundamentos de Hecho sosteniendo que de los hechos expuestos se determinan dos situaciones:

- a. La indebida posición de LA FAP de aplicar penalidades a las entregas realizadas, desconociendo las razones de suscripción y de lo pactado en la Adenda No. 1 del Contrato, en donde se trató se superar la controversia surgida respecto de quién era responsable de los retrasos en la entrega de los materiales objeto del contrato.
- b. La inexplicable e Infundada exigencia de la FAP de exigir el cumplimiento de condiciones más allá de las contratadas, que pretende incluso regular la marcha comercial y operaciones del fabricante, en un evidente abuso de su posición contractual como entidad del Estado.

#### 4.1.4. Fundamentos de Derecho

La demanda se ampara en los siguientes fundamentos de derecho:

1. Artículo 53 de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado
2. Artículo 273 del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado.

No obstante la invocación de dichas normas jurídicas por parte de El Consorcio, al ser la naturaleza del presente Arbitraje de ser uno de Derecho, debemos precisar que al emitirse el presente Laudo Arbitral se han aplicado las normas jurídicas que correspondieron de acuerdo a la naturaleza del caso.

#### **4.1.5. Medios Probatorios admitidos por la Demandante**

- i. Bases del Proceso (Anexo 2-A de Demanda Arbitral)
- ii. Documento que constituye parte de la propuesta presentada y que señala la validez de la oferta presentada. (Anexo 2-B de Demanda Arbitral)
- iii. Copia del Contrato Internacional No. 0430-CACE-GRUP3-2010, de fecha 13 de Agosto de 2010 (Anexo 2-C de Demanda Arbitral)
- iv. Copia de la Carta C.032-10, de fecha 19 de Noviembre de 2010 (Anexo 2-D de Demanda Arbitral)
- v. Documento que explica las razones de retraso en la suscripción del contrato (Anexo 2-E de Demanda Arbitral)
- vi. Copia de la Carta NC-70-ACAL-No0923 del 08 de Julio de 2010 (Anexo 2-F de Demanda Arbitral)
- vii. Copia de la Adenda No. 1 al Contrato No. 0430-CACE-GRUP3-2010 (Anexo 2-G de Demanda Arbitral).
- viii. Documentos con los que se comunica la aplicación de penalidades (Anexo 2-H de Demanda Arbitral)
- ix. Documentos con los que se reclama la aplicación de penalidades y se solicita el inicio del proceso arbitral correspondiente (Anexo 2-I de Demanda Arbitral)
- x. Copia de la Carta No. GAB3-No. 2076 del 22 de Octubre de 2012 (Anexo 2-J de Demanda Arbitral)
- xi. Copia de los documentos con los que se absuelve las observaciones de la FAP (Anexo 2-K de Demanda Arbitral)
- xii. Copia de Carta de fecha 10 de Octubre de 2012 y sus anexos (Anexo 2-M de Demanda Arbitral)

Se hace presente que dichos medios probatorios fueron admitidos conforme la subsanación efectuada por El Consorcio mediante escritos ingresados al Centro de Arbitraje de fecha 09 de Abril de 2013 y 23 de Abril de 2013.

#### **4.1.6. Contestación de Demanda**

Mediante escrito de fecha 30 de Abril de 2013, ingresado al Centro de Arbitraje el día 02 de Mayo de 2013, la FAP procedió a contestar la demanda, negándola y contradiciéndola en todos sus extremos.



#### 4.1.7. Fundamentos de Hecho de Contestación de Demanda.

- i) Que con fecha 15 de Mayo de 2010, el Comité CACE2 otorgó la buena pro a El Consorcio. Con el fin de firmar el Contrato, se solicitó a El Consorcio los siguientes documentos: a) Poderes de su Representante Legal y Documento de Identidad, b) Presentación de Compromiso de Consorcio. c) Garantía de Fiel Cumplimiento.
- ii) Que mediante Carta DAB3-N-0900, del 25 de Mayo de 2010, se comunicó a El Consorcio que el contrato derivado del Proceso de Adquisición CE-No.09-100-CACE2-FAP/GRU3, se encontraba en curso de aprobación y suscripción por parte de la FAP, por lo que se le solicitó remitir el nombre y copia simple de Documento de Identidad de su Representante, así como el poder en el que expresamente se indique las facultades de celebrar contratos.

No se obtuvo respuesta por parte de El Consorcio, por lo que mediante mensaje (ACPS-031325 Junio 2010) transmitido el 08 de Junio de 2010 se dispuso mantener en suspenso la firma del contrato con el Consorcio hasta que se acredite lo exigido en relación a su Representante Legal. Es por ello que se observa que las demoras, desde inicio de la relación contractual han sido atribuibles a El Consorcio.

Dicho requerimiento recién fue atendido por El Consorcio, mediante Carta S/N del 22 de Junio de 2010, luego de 34 días de solicitados los documentos de acreditación de su representante, dan respuesta a lo solicitado. En virtud de ello, mediante Carta NC-70-ACAL-No.0923 del 08 de Julio de 2010, el Secretario de Adquisiciones y Contrataciones de la Fuerza Aérea comunicó a El Consorcio que en vista de haberse legitimado y ratificado la suscripción de sus propuestas, resulta viable la continuidad de la contratación, sin embargo, para efectos de la suscripción del contrato derivado del proceso CE-09-2010-CACE2-FAP/GRUP3, sería requisito la presentación del Compromiso del Consorcio debidamente legalizado, a fin de dar seguridad jurídica al procedimiento administrativo, en razón que los documentos que se consignan en la propuesta técnica tiene carácter obligacional para las partes y son parte integral del contrato.

- iii) Que con Carta S/N del 12 de Julio de 2010, El Consorcio remite copia del contrato en la misma fecha de vencimiento de su propuesta económica, al Secretario de Adquisiciones y Contrataciones de la FAP, por lo que mediante mensaje del 15 de Julio de 2010, dicha Secretaría comunicó la viabilidad para continuar con el proceso de contratación al extranjero en vista de haberse ratificado la propuesta técnica y económica.
- iv) Con Carta DAB3 No.1340 del 22 de Julio de 2010, el Comandante del Grupo Aéreo No. 3 remitió a El Consorcio cinco (05) ejemplares originales del Contrato para la adquisición de Material Aeronáutico aplicable al Helicóptero SCHWEIZER S-300C, por el importe de US\$ 444,189.99 (Cuatrocientos Cuarenta y Cuatro Mil Ciento Ochenta y Nueve con 99/100 Dólares Americanos), debidamente aprobado y suscrito por la FAP. Dicho contrato fue firmado por ambas partes el 13 de Agosto de 2010, sin haber recibido notificación alguna por parte de El Proveedor en cuanto a la imposibilidad de atender el material adjudicado dentro del plazo ofertado, asumiéndose que las condiciones de plazo de entrega continuaban de acuerdo al contrato.



- AM*
- v) Mediante Carta DAB3-No.1562 del 25 de Agosto de 2010, el Comandante del Grupo Aéreo No. 3 otorgó un plazo de 48 horas a El Consorcio para la remisión de la Garantía de Fiel Cumplimiento, el cual ya había sido requerido anteriormente por Carta DAB3-No.09000 del 25 de Mayo de 2010. En dicha comunicación se precisó que vencido el plazo correspondiente, la FAP se vería en la obligación de Resolver el Contrato por Incumplimiento de Entrega de la Garantía de Fiel Cumplimiento e informar al Comando Superior para su inhabilitación para participar en los procesos de contratación al extranjero dentro del Estado Peruano.
  - vi) Mediante Carta del 25 de Agosto de 2010, El Consorcio solicitó al Comandante del Grupo Aéreo No. 03, la no presentación de la Carta Fianza de Garantía de Fiel Cumplimiento, sustentando su pedido en que las entidades financieras a las que recurrieron manifestaron restricciones para operaciones crediticias con organismos de defensa de terceros países como el Perú, por lo que propuso un Proyecto de Adenda para la no presentación de la Carta Fianza, dando a conocer además lo siguiente: *"Con el ánimo de otorgar una real y efectiva garantía de fiel cumplimiento de nuestras obligaciones para con ustedes nos comprometemos en entregar los bienes en adquisición en veinte (20) días a partir de la fecha de la aprobación de este compromiso, sin esperar a que ustedes cumplan con la obligación contractualmente establecida de aperturar y confirmar la Carta de Crédito que posibilitara nuestro pago ello no solamente adelantará el inicio del cómputo del plazo para la atención de los materiales, sino asimismo permitirá a vuestra Institución contar en un más breve tiempo con los materiales requeridos".*
  - vii) Que el Consorcio no puede eximirse de la Obligación de presentar el documento de Garantía de Fiel Cumplimiento, lo cual es reconocido en el Manual FAP 70-3 en lo referido a las Adquisiciones y Contrataciones de Bienes y Servicios en el Extranjero. En virtud de ello la FAP estaría facultado para resolver el contrato de manera unilateral, estando dicha potestad contemplada en el ordenamiento interno, en las normas de comercio internacional, así como en el Contrato firmado por ambas partes.
  - viii) Que mediante Carta DAB3 No. 1728 del 15 de Septiembre de 2010 se comunicó a El Consorcio que para mantener las buenas relaciones de no presentarse el documento de Garantía de Fiel Cumplimiento, la FAP estaría facultada para resolver el contrato de manera unilateral, otorgándosele un plazo de cinco (05) días para presentar dicho documento. Posteriormente se le reiteró el cumplimiento de dicha obligación mediante Carta DAB3-No. 2385 del 25 de Noviembre de 2010.
  - ix) Mediante Carta C-028-2010 del 23 de Septiembre de 2010, El Consorcio manifestó que estarían embarcando el material antes de la apertura de la carta de crédito, enviando el Picking List con un listado de material, el cual sólo atendió en US\$ 1,933.21. Posteriormente con Carta C-032-10, del 29 de Noviembre de 2010, el Consorcio no cumplió con la presentación de la Carta Fianza, manifestando que se encuentra realizando el embarque del 22% de la atención total del material y su complemento sería a mediados de Diciembre de 2010. Con ello, la FAP señala que se demostraba el retraso en que incurrió El Consorcio desde inicios de la relación contractual, demoras que El Consorcio pretende imputar a la FAP, quién lejos de ejercer el justo derecho de resolver el contrato, buscó las formas de mantener las buenas relaciones y continuar la relación contractual.

- Chm*
- x) Que a diferencia de El Consorcio, la FAP realizó los trámites correspondientes para la apertura de la Carta de Crédito a favor de El Consorcio por concepto de adquisición de material aeronáutico aplicable al helicóptero SCHEIZER S-300C, ascendente a US\$ 444,189.99, por lo que dicho documento fue aperturado el 09 de Noviembre de 2010, teniendo una vigencia hasta el 05 de Mayo de 2011, la misma que fue notificada a El Consorcio mediante Carta DAB3-N-2325 del 17 de Noviembre de 2010.
  - xi) Que de acuerdo a lo establecido en el Artículo No. 5 del Contrato, el suministro total de la mercadería se realizaría dentro de veinte días calendarios a partir de la apertura y confirmación de la carta de crédito, por lo que el plazo de entrega venció el 07 de Diciembre de 2010, teniendo en cuenta que El Consorcio fue notificado con dicha carta de crédito el 17 de Noviembre de 2010 – esto es por Carta DAB3-No.235. Posteriormente mediante Carta DAB3 No.2508, del 07 de Diciembre de 2010 se comunicó a El Consorcio que a la fecha sólo había atendido material por el importe de US\$ 1,933.21, quedando pendiente de atención material por el importe de US\$ 442,256.78, ello a pesar de haber manifestado que la entrega de material sería atendida en su totalidad antes de la apertura de la Carta de Crédito, indicándose que el material sea embarcado en su totalidad a más tardar el 15 de Diciembre de 2010.
  - xii) Posteriormente mediante Carta del 20 de Diciembre de 2010, el Consorcio informó, según Volante No. 00133 del arribo al Perú del motor LYCOMING HIO-360 N/S L-35317-51A, por el importe de US\$ 66,194.80. Luego de dicha entrega mediante Carta DAB3-No 098 del 02 de Febrero de 2011 se comunicó a El Consorcio que del total adjudicado, a la fecha mantenía pendiente una entrega de material por el importe de US\$ 376,061.98, por lo que se solicitó se informe la fecha exacta del embarque del material pendiente de atención a los cuáles se aplicaría la penalidad correspondiente.
  - xiii) Mediante Carta C.012.11 del 19 de Enero de 2011, ante los requerimientos para la presentación de la Garantía de Fiel Cumplimiento, el Consorcio ofreció el motor LYCOMING HIO-360-D1A N/S L-35317-51A como garantía, entregado el 20 de Diciembre de 2011, autorizando que el pago por la atención del referido motor (US\$ 66,194.80) sean postergados hasta que se cumpla con la entrega total del material.
  - xiv) Mediante Carta C.033-11 del 18 de Febrero de 2011, el Consorcio comunica a la FAP que el material pendiente de entrega sería embarcado el 15 de Abril de 2011, en vista que recientemente ya se había superado todos los problemas surgidos por la pérdida de la validez de la oferta.
  - xv) Posteriormente mediante Carta No. 041511-322 del 15 de Abril de 2011, el Consorcio manifestó, a la FAP, que el fabricante SIKORSKY AIRCRAFT CORPORATION señaló que los materiales se encontraban en línea de producción, estimando la atención para el 13 de Mayo de 2011. Luego de comunicada dicha carta, El Consorcio remitió la Carta No. 034-11-11 del 19 de Mayo de 2011, manifestando que a la fecha no se había completado los trabajos de producción de los materiales, por lo que se haría dos entregas: Primera Entrega el día Viernes 03 de Junio de 2011 (45% del Contrato) y la Segunda Entrega que sería el Viernes 17 de Junio de 2011 (55% del Contrato). Finalmente, un día antes del vencimiento de la segunda entrega, mediante Carta S/N del 16 de Junio de 2011, el Consorcio comunicó que

debido a un retraso a ciertas exigencias de parte de las autoridades aduaneras del gobierno americano se estimaría, las mismas que fueron superadas, estimaban la entrega del material para la tercera semana del mes de Julio. Asimismo, en relación a la aplicación de la penalidad por mora incurrida en la entrega del material, el Consorcio señaló lo siguiente: ***"Tengo a bien señalar que nuestra parte, considerando las razones que afectaron dicho plazo de entrega, ha asumido su responsabilidad sobre la misma, motivo por el cual, propone que el pago de la penalidad incurrida sea mediante el curso de entrenamiento para piloto de helicóptero B-412/S-300C, cuya totalidad de gastos (curso, pasajes aéreos, alojamiento, alimentación diaria y movilidad), serían asumidos por El Consorcio.***

- xvi) La FAP mediante Carta DAB3-Notarial No. 1118 del 15 de Junio de 2011 comunicó al Consorcio para que en el plazo de cinco días hábiles debería entregar la carta fianza por la Garantía de Fiel Cumplimiento; y que dentro de un plazo máximo de 15 (quince) días hábiles debería hacer entrega total del material pendiente (236 ítems por un monto de US\$ 376,061.98), caso contrario procedería a resolver el contrato y a gestionar la inhabilitación de El Consorcio para contratar con el Estado. Ante ello, El Consorcio respondió mediante la Carta S/N del 20 de Junio de 2011 que, sobre la carta fianza de fiel cumplimiento, el Consorcio había autorizado que el pago que correspondía por la atención del motor LYCOMING HIO-360 N/S L-35317-51A, por el importe de US\$ 66,194.80 sea postergado hasta que se cumpla con la atención total del material y en lo referido a la entrega del material, ésta se concretizaría a mediados del mes de Julio de 2011. Es así, que ante la persistencia en el incumplimiento de la entrega, la FAP le remitió la Carta DAB3-Notarial No. 1263 del 11 de Julio de 2011, en la cual se reitera, a El Consorcio, sobre la entrega total del material pendiente, por el importe de US\$ 376,061.98, el cual debería ser entregado de manera indefectible el 22 de Julio de 2011, pues de persistir en el incumplimiento, la FAP se vería en la necesidad de resolver el Contrato. Ante ello, El Consorcio respondió mediante Carta S/N del 15 de Julio de 2011, manifestando que el material pendiente de entrega sería atendido a más tardar el 31 de Julio de 2011, solicitando además la apertura de una nueva Carta de Crédito a fin de realizar el cambio de beneficiario para el pago del saldo resultante a favor de El Consorcio.
- xvii) **Firma de Adenda No. 1 al Contrato Internacional No. 0430-CACE-GRUP3-2010.**  
Mediante mensaje ACAL-031435 Noviembre 2011, luego de tomar en consideración la situación entre la Fuerza Aérea y El Consorcio, la Dirección de Contrataciones y Adquisiciones de la Fuerza Aérea opinó que se debe de dar cumplimiento a lo dispuesto en el Capítulo V. párrafo 1.2. subpárrafos a), b) y c) del Manual FAP 70-3 del 06 de Marzo de 2009 que dice: ***"Perfeccionamiento del Contrato, 2- Aplicación de Penalidades: a) En caso de haber sido considerado en las bases y pactado en el contrato derivado de los procesos CACEs 1,2 y 3, la penalidad por la mora en la ejecución de la prestación, la FAP podría aplicar al contratista una penalidad hasta por un monto máximo equivalente al diez por ciento (10%) del monto contractual o de ser el caso del ítem, tramo o etapa. b) Esta penalidad será deducida de los pagos parciales o de la liquidación final. c) En el contrato se podrá establecer penalidades distintas a la mencionada en el párrafo precedente, siempre y cuando sean razonables y congruentes con la prestación a cargo del proveedor".*** En consideración de lo

expuesto, el Comandante General del Ala Aérea No. 2 y el Comando del Grupo Aéreo No. 3 remitieron al Consorcio la Adenda No. 1 debidamente firmada.

- xviii) Pagos al Consorcio.**  
Mediante Carta del 25 de Octubre de 2011, El Consorcio solicitó a la Dirección de Economía de la Fuerza Aérea que primer pago parcial por el importe de US\$ 71,975.88, el mismo que se le aplicó la penalidad máxima (10%) equivalente a US\$ 7,197.59, toda vez que arribó el material con un retraso de 423 días, se dejó sin efecto la aplicación de penalidad, a lo que la Dirección de Economía dispusiera que se efectúe el pago sin aplicación de penalidades.
- xix)** Con Carta GEF3 No. 0081 del 11 de Enero de 2012, la FAP remitió a El Consorcio el Acta de Conformidad del 26 de Diciembre de 2011 por el importe de US\$ 18,732.85, al mismo que se le aplicó la penalidad máxima del 10% equivalente a US\$ 1,873.29, toda vez que el material arribó con un retraso de 355 días (Dicha atención correspondió al primer envío luego de la suscripción de la Adenda). Mediante Carta del 18 de Enero de 2012, el Consorcio manifestó su desacuerdo sobre la aplicación de la penalidad.
- xx)** El segundo envío del material luego de suscrita la adenda arribó el 30 de Diciembre de 2011 según Volante No. 24314, por el importe de US\$ 75,014.78, el cual fue atendido por El Consorcio de manera parcial por material en calidad alterno y no de acuerdo a las especificaciones técnicas ofertadas, por lo que la FAP se encuentra en pleno derecho de resolver el contrato de acuerdo a lo estipulado en el Artículo 13 del Contrato.
- xxi)** Mediante Carta del 02 de Abril de 2012, El Consorcio solicitó el pago por el material atendido a la fecha, correspondiente a los montos de US\$ 18,732.85 y US\$ 75,714.83 con aplicaciones de penalidad a pesar de no estar de acuerdo. Posteriormente mediante Carta GAB3-No.0637 del 13 de Abril de 2012, la FAP remitió a El Consorcio, el Acta de Conformidad de Recepción con fecha 09 de Abril de 2012 por el importe de US\$ 52,841.88, al cual se le aplicó la penalidad por el importe de US\$ 5,284.19.
- xxii)** Mediante Carta GAB3-No. 0639 del 09 de Abril de 2012, la FAP comunicó a El Consorcio que ésta no había cumplido con atender el material aeronáutico de acuerdo a las especificaciones técnicas indicadas en el Anexo 1 del Contrato No. 0430-CACE-GRUP3-2010, la misma que fue ofertada en su propuesta técnica del 12 de Mayo de 2010, a lo que el Consorcio mediante Carta del 13 de Abril de 2012 manifestó que el material atendido cumpliría con las especificaciones establecidas por haber sido supercedido por el fabricante SCHWEIZER AIRCRAFT CORP., por lo que, realizando un informe técnico sobre los materiales ingresados por El Consorcio, se determinó que la calidad del material interno, el catálogo de precios y el reporte de partes AVREF no son documentos oficiales de mantenimiento de la aeronave, por lo tanto no garantizarían la trazabilidad de los componentes, por lo que El Consorcio mediante cartas trató de justificar el material ingresado, siguiendo el discurso que el material ingresado era el correcto, presentando documentos de traceabilidad del material embarcado por El Consorcio.
- xxiii)** Finalmente, con Carta GAB3-No.1659 del 28 de Agosto de 2012 se comunicó a El Consorcio que a dicha fecha venía incumpliendo con lo estipulado en el Artículo 3 del

Contrato. Posteriormente, mediante Carta GAB3 No. 1893, del 28 de Septiembre de 2012 se comunicó a El Consorcio que a la fecha se encuentra pendiente de atención material por el importe de US\$ 172,598.88 existiendo un reiterado incumplimiento de las obligaciones establecidas en el Contrato. Ante ello, se tomó luego la decisión unilateral de resolver el contrato, para lo cual previamente se le concedió un plazo de quince días calendarios para que cumpla con la totalidad de las obligaciones asumidas, lo cual quedó confirmada con la Resolución de Comandancia General ALAR2 No. 0089-ALAR2 del 22 de Octubre de 2012, el cual procedió a resolver unilateralmente el contrato.

#### **4.1.8. Fundamentos de Derecho de la Contestación de Demanda.**

- i. Artículo 53 de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado.
- ii. Artículo 14 del Contrato Internacional No. 0430-CACE-GRUP3-2010.
- iii. Manual FAP 70-3 del 06 de Marzo de 2009

No obstante la invocación de dichas normas jurídicas por parte de la FAP, al ser la naturaleza del presente Arbitraje de ser uno de Derecho, debemos precisar que al emitirse el presente Laudo Arbitral se han aplicado las normas jurídicas que correspondieron de acuerdo a la naturaleza del caso

#### **4.1.9. Reconvención Formulada por la FAP.**

En el Cuarto Otrosí del Escrito de Contestación de Demanda de la FAP, de fecha 30 de Abril de 2013, ingresado al Centro de Arbitraje el dia 02 de Mayo de 2013, dicha entidad procedió a reconvenir la demanda, solicitando que El Consorcio integrado por las empresas QUALITY AVIATION INC e AOP CORPORATION le paguen la suma de US\$ 50,000.00 (Cincuenta Mil con 00/100 Dólares Americanos) por concepto de daño emergente y daño moral causado por el incumplimiento contractual de El Consorcio.

Dicha pretensión indemnizatoria fue sustentada mediante escrito de fecha 14 de Mayo de 2013, limitándose la invocación a la naturaleza del daño sufrido al DAÑO MORAL (Daño Extrapatrimonial).

#### **4.1.10. Fundamentos de Hecho de la Reconvención.**

- i) Que la pretensión a favor de la FAP corresponde a la necesidad de resarcimiento pecuniario por parte de El Consorcio, debido a la afectación sufrida por los retrasos en la entrega de materiales y en la entrega de materiales que no corresponden con las especificaciones técnicas ofertadas por El Consorcio.
- ii) Que la cuantificación del daño producido por incumplimiento del contrato es jurídicamente posible, ya que se encuadra dentro de los presupuestos establecidos y los requisitos señalados para la obligación de resarcir económicamente a la parte perjudicada por haber sufrido la FAP un evidente daño moral.
- iii) Que la causa del incumplimiento del contrato, la FAP se vio en la obligación de no dar uso a los helicópteros S-300C SCHWEIZER, que es empleado en la instrucción de los alumnos pilotos en la especialidad de helicópteros, pues al usarse con mercancía que no cumple con las especificaciones técnicas ofertadas por El Consorcio, dicho material ocasionaría falla por

esfuerzo, repercutiendo en la seguridad de los helicópteros y de los alumnos FAP, estando en una situación de contar con cuatro promociones de la especialidad de vuelo en Helicópteros sin poder culminar su instrucción.

- iv) La FAP ha sufrido un daño moral.es decir un daño a la imagen institucional como Fuerzas Armadas al haber deslegitimado su naturaleza como protector del espacio aéreo, pues, al no tener en estado operativo los helicópteros y al tener a cuatro promociones sin culminar su instrucción, la FAP no puede cumplir con su finalidad suprema.
- v) Cabe señalar que la FAP sostiene en el Primer Otrosí de su Escrito de Fundamentación de Reconvención, de fecha 14 de Mayo de 2013, que dicha pretensión no requiere de prueba al tratarse de un daño extrapatrimonial.

#### 4.1.11. Contestación de Reconvención por parte de El Consorcio.

Mediante escrito de fecha 11 de Junio de 2013, ingresado al Centro de Arbitraje el mismo día, El Consorcio expuso su posición frente a la reconvención formulada por La FAP.

Los principales argumentos expuestos por El Consorcio fueron, básicamente, los siguientes:

- i) Que es inoperante el pago por concepto de daño moral, toda vez que El Consorcio no dio motivos para la ocurrencia de dicho daño.
- ii) Que si bien es cierto existieron retrasos con respecto a la entrega de material, éstos fueron inicialmente generados por razones atribuibles a la FAP. Asimismo sostiene que en relación a los supuestos retrasos posteriores a la suscripción del Addendum No. 1 del Contrato, éstos nunca existieron, puesto que luego de la suscripción y puesta en vigencia de dicha Adenda, se volvieron a presentar incumplimientos de obligaciones por parte de la FAP, relacionados a los pagos por las entregas parciales realizadas, condición para que El Consorcio pueda continuar con las entregas conforme lo establecido en el Artículo Tercero de la Adenda. No obstante ello, pese a no recibir los pagos convenidos, El Consorcio continuó realizando otras entregas de material que no fueron oportunamente pagadas y, cuando lo fueron, se pagaron con aplicación de penalidades.
- iii) Que en relación a la afirmación realizada en el Primer Fundamento de Hecho de que El Consorcio no habría entregado materiales que correspondiesen con las especificaciones técnicas, dicha afirmación queda desvirtuada con lo señalado en el punto 1.1.10 de la demanda, en la cual se acredita que en todo momento hubo antojadiza observación y observaciones debidamente subsanadas, manteniendo la FAP, de manera inexplicable, y sin sustento técnico ni legal alguno observaciones, a pesar que el propio fabricante, en forma directa y documentada aseveró y confirmó que dichos materiales eran los que correspondían a lo requerido por la FAP.
- iv) Asimismo, la FAP sostiene que para el caso de artículos de ferretería, la negativa de su aceptación por parte de ésta no se justifica debido a que el fabricante señaló en forma directa y por escrito que los requerimientos para el modelo S300C (materia de adquisición) debía establecerse con el IPC revisado 2008 y los PN específicos (que no aparecían en el IPC 2008) debían ser complementados con la información contenida en el Spare Parts List 2010 (Lista de Precios 2010) de Repuestos Originales OEM, emisión oficial de SHWEIZER AIRCRAFT CORP. Que ante dicha afirmación, la FAP sostuvo que dicha información debía de ser colocada por el

fabricante en un nuevo IPC, lo cual constituye una exigencia y requerimiento excesivo al margen del contrato, pues se pretendería regular la marcha comercial y operaciones del fabricante.

- v) Que nunca existió retrasos en las entregas posteriores a la suscripción del Adendum No. 1, ya que las cuatro entregas pactadas en dicho documento debían de ser realizadas luego del pago de cada entrega, lo que nunca fue cumplido oportunamente por la FAP y, finalmente, que la resolución del contrato sustentado en que nuestra parte habría entregado materiales que no correspondían con las especificaciones técnicas, sólo evidencia por parte de la FAP un abuso de su posición contractual como entidad del Estado, al pretender que nuestra parte cumpla con exigencias más allá de las contratadas.
- vi) Que no se dan los supuestos de hecho que permitirían un resarcimiento de daño moral, toda vez que no existió retraso en la entrega de los bienes en adquisición y que los materiales entregados lo fueron conforme a lo establecido en las Bases y en nuestra propuesta.
- vii) Que la FAP no cuenta con argumentos técnicos ni legales para rechazar el material atendido, no habiéndose incluso permitido a que El Contratista proceda con sustituir el material observado, tal como lo disponía la Cláusula 3.5 del Contrato.
- viii) Que la FAP no ha cumplido con orientar de qué manera la supuesta (y negada) falta de atención de dichos materiales pudo deslegitimar los fines protectores del espacio aéreo por parte de la FAP.

**4.2.** Con fecha 14 de Agosto de 2013 se desarrolló la Audiencia de Determinación de Cuestiones Materia de Pronunciamiento, determinándose los siguientes puntos como objeto de análisis y posterior pronunciamiento:

- a. Determinar si corresponde o no dejar sin efecto la Resolución C.G. ALAR 2, No.0089-ALAR2, de fecha 22 de Octubre de 2013, mediante la cual se declaró la Resolución del Contrato Internacional No. 0430-CACE-GRUP3-2010, de fecha 13 de Agosto de 2010, proveniente del Proceso de Compras al Extranjero CE-9-2010-CACE2-SCHWEIZER-S-300-C, por considerar que la misma ha sido realizada en forma injustificada y unilateralmente por la FAP.
- b. Determinar si corresponde o no ordenar la restitución, a favor de CONSORCIO, de los importes cobrados por la FAP por concepto de penalidad por mora en la entrega de los materiales en adquisición.
- c. Determinar si corresponde o no ordenar al Consorcio el pago de US\$ 50,000 (Cincuenta Mil con 00/100 Dólares Americanos) por concepto de daño moral a favor de la FAP, correspondiente a la necesidad de resarcimiento pecuniario por la afectación sufrida por los retrasos en la entrega de materiales y en la entrega de materiales que no corresponden a las especificaciones técnicas ofertadas por El Consorcio.

Asimismo, en la referida Audiencia se admitieron las pruebas ofrecidas por El Consorcio signadas como Anexo 2-A al Anexo 2-M del escrito de demanda (con la subsanación de documentos realizada posteriormente). En lo referido a las pruebas ofrecidas por la FAP, en

su escrito de contestación y reconvención, se admitieron las pruebas signadas como Anexos 2-A al Anexo 2-U.

#### **4.3. Prueba de Oficio.**

De acuerdo a lo establecido en el literal 1) del Artículo 43 del Reglamento de Arbitraje, se consideró ofrecer las siguientes pruebas de oficio.

- a. Que la FAP cumpla con presentar todos los Informes Técnicos y/o Documentación de naturaleza técnica que sustentaron las observaciones realizadas a la entrega de material realizada por El Consorcio y que motivara, posteriormente, la resolución del Contrato.
- b. Que tanto El Consorcio como La FAP acompañen un informe documentado en el cual se detalle, de manera cronológica, la forma en que cada parte asumió el procedimiento de observaciones del material entregado por El Consorcio relacionada con la resolución del contrato.

El Consorcio y la FAP cumplieron con presentar los Informes solicitado mediante escritos de fecha 28 de Agosto de 2013. El Consorcio absolvio el traslado del Informe presentado por la FAP mediante escrito de fecha 27 de Septiembre de 2013, mientras que la FAP absolvio el traslado mediante escrito de fecha 26 de Septiembre de 2013.

#### **4.4. Alegatos Finales.**

El Consorcio presentó sus Alegatos Finales mediante escrito de fecha 18 de Noviembre de 2013. Por su parte, la FAP presentó sus Alegatos mediante escrito también de fecha 18 de Noviembre de 2013.

Con fecha 22 de Noviembre de 2013, se desarrolló la Audiencia de Informes Orales con la participación de los Representantes y los Abogados de cada parte.

En la referida Audiencia, se otorgó a El Consorcio un plazo de quince (15) días hábiles a efectos de que informe a partir de qué fecha la empresa SCHWEIZER fue adquirida por SIKORSKY. Dicha precisión fue efectuada, por El Consorcio, mediante escrito de fecha 13 de Diciembre de 2013.

### **5) Considerandos**

- 5.1. Antes de pronunciarnos sobre cada uno de los puntos que deben ser materia de pronunciamiento en el presente Laudo Arbitral, consideramos que resulta conveniente que el Arbitro Único realice un análisis respecto de determinados elementos que forman parte del caudal probatorio, lo cual posibilitará una mayor claridad en el entendimiento del análisis fáctico jurídico desarrollado y de la posición final asumido sobre cada punto controvertido.

### 5.1.1. Del Contrato Internacional No. 0430-CACE-GRUP3-2010.

- a. Se encuentra acreditado que el Consorcio se adjudicó el contrato referido al Proceso de Contratación al Extranjero identificado como CE-9-2010-CACE2-FAP/GRUP3. Dicho contrato se suscribió el 13 de Agosto de 2010.
- b. El Objeto del Contrato fue el que El Consorcio entregue el material aeronáutico aplicable al Helicóptero SCHWEIZER S-300-C, según las cantidades y precios señalados en el Anexo I del Contrato (Ver Cláusula 1.1 del Contrato).
- c. Las partes pactaron que el costo total del material aeronáutico, objeto del contrato, incluía el precio de repuestos y partes aeronáuticas, **la documentación técnica que acredite su traceabilidad**, pruebas, inspecciones, seguros, fletes, etc. (Ver Cláusula 2.1. del Contrato).
- d. En cuanto a la calidad de La Mercadería, en condición de nuevo, ésta deberá corresponder a los estándares y normas técnicas correspondientes y se confirmará en los formularios y documentación técnica respectiva. Para el caso de accesorios y partes nuevas, el Vendedor se comprometía a acreditar el Formato FAA 8130-3, el Número de Lote, Certificado de Conformidad del fabricante, fecha de fabricación, packing list y los invoices originales (Ver Cláusula 3.2 del Contrato).
- e. El Consorcio se obligó a entregar a la FAP una garantía de fiel cumplimiento del contrato por un monto equivalente al 10% del monto total del contrato, la misma que debería estar materializada mediante Carta Fianza incondicional, solidaria, irrevocable y de realización automática, de plazo de vigencia de treinta días posteriores a la recepción de la mercadería. Se pactó que el incumplimiento sería causal de inhabilitación como proveedor de la FAP (Ver Cláusula 4.1. del Contrato).
- f. Las partes pactaron un plazo de entrega de 20 (veinte) días calendarios, el mismo que se computaría a partir de la apertura y confirmación de la Carta de Crédito.
- g. Al presentarse una reclamación en cuanto a la cantidad a la calidad, se levantaría una Acta de Reclamo de conformidad con los formatos aprobados como Anexos Nos. 2 y No. 3 al Contrato. Los reclamos presentados de una manera que no corresponda a los modelos señalados no se aceptarían para la consideración. Dichas Acta de Reclamo serían presentadas con todos los documentos que demuestren el reclamo. Luego de ello El Consorcio, en calidad de Vendedor examinaría el reclamo y comunicaría su decisión a La FAP durante treinta (30) días contados desde la fecha de presentación de la reclamación. (Ver Cláusulas 7.3, 7.4, 7.5 y 7.6 del Contrato)
- h. Al Consorcio se le concedería el derecho a comprobar in situ a través de su Representante del mismo, la justificación del reclamo e informar a La FAP los resultados del examen previo al mismo. En el caso la reclamación sea justa, El Consorcio eliminaría el defecto in situ o remplazaría el artículo defectuoso por uno en buen estado y con el mismo recurso técnico disponible del reemplazado, en un plazo no mayor de treinta (30) días posteriores a la aceptación del reclamo (Ver Cláusula 7.7 del Contrato).

- i. Cabe precisar que en mismo Artículo 7 – Reclamos del Contrato, **ambas partes determinaron que todo gasto que derive con falta de documentación de traceabilidad original completa, serían asumidos por el Vendedor** (Ver Cláusula 7.8 del Contrato).
- j. El Contrato pactó la facultad de que El Vendedor (El Consorcio) decline un reclamo si el acta de reclamo haya sido confeccionada y presentada después de expirar los plazos señalados en el Contrato (Ver Cláusula 7.11.c. del Contrato).
- k. El Comprador (La FAP) tendrá derecho a considerar el reclamo como aceptado, cuando en el curso de veinte (20) días contados desde la fecha de presentarse la reclamación no haya sido recibida ninguna respuesta por parte de El Vendedor (El Consorcio) sobre los resultados del reclamo (Ver Cláusula 7.13 del Contrato).
- l. En caso que una de las partes tomase la decisión unilateral de resolver el Contrato debido al incumplimiento reiterado por la otra parte, de alguna de sus obligaciones, deberá comunicarlo con quince (15) días de anticipación (Ver Cláusula 13.1 del Contrato).
- m. Si parte o la totalidad de las mercaderías no fueran atendidas en un plazo definitivo de 90 días posteriores a la apertura de la carta de crédito, El Comprador (La FAP) podría resolver el contrato de forma parcial por la parte no atendida o total según corresponda, salvo situaciones de fuerza mayor debidamente comprobada (Ver Cláusula 13.2 del Contrato)
- n. **Penalidades.** En caso El Consorcio no cumpliese con los plazos de entrega, El Comprador estaría facultado a cobrarle una multa por cada día de retraso equivalente de 0.1 % del costo de La Mercadería no entregada en los plazos establecidos (Ver Cláusula 14.1 del Contrato)
- o. Si el Comprador no cumpliese con los plazos de ejecución de pagos en virtud del contrato (emisión de acta de conformidad en un período máximo de 30 días luego de la recepción de la Mercadería en sus almacenes), El Vendedor (El Consorcio) estaría facultado a cobrar de El Comprador (La FAP) una multa por el monto de 0.1% del importe del pago que debe ser abonado por cada día de retraso (Ver Cláusula 14.2 del Contrato)

#### **5.1.2. De la Adenda No. 1 del Contrato.**

Ambas partes suscribieron en el mes de Noviembre de 2011 la Adenda No. 1 al Contrato, en el cual se modificaron y/o ampliaron ciertas condiciones contractuales.

- a. En dicha Adenda, ambas partes reconocen los siguientes hechos:
  - i. Que mediante Carta DAB3-No.2235 del 17 de Noviembre de 2010, la FAP comunicó al Consorcio la apertura de la Carta de Crédito CD-20103165 a nombre de AOP Corporation (empresa consorciada) por el importe de US\$ 444,189.99, solicitándose se efectúe el despacho del material aeronáutico conforme a los plazos y condiciones señaladas en el Contrato (Ver punto 2 de la Cláusula Primera de la Adenda).
  - ii. Que al 07 de Diciembre de 2010 se encontraba pendiente de atención, por parte de El Consorcio, atención de material por US\$ 442,256.78.

- iii. Que AOP Corporation propuso (miembro de El Consorcio), a la FAP, que por la aplicación de la penalidad incurrida por incumplimiento de plazo de entrega, la implementación de un curso de entrenamiento para piloto Helicóptero B-412/S-300C.
- b. La referida Adenda modificó el Artículo 8 del Contrato referido al beneficiario de la Carta de Crédito, esto es a favor de QUALITY AVIATION INC., señalándose, de manera expresa, en la Cláusula Segunda que los antecedentes señalados en la Adenda corresponden a precisiones formales que no alteran ni afectan sustancialmente las condiciones principales del contrato.
- c. Sin embargo, es necesario destacar los siguientes hechos reconocidos en la referida Adenda:
  - i. Que a la fecha de suscripción de la Adenda fueron entregados conforme, un motor y componentes, por el importe de US\$ 68,128.01, que sería pagado a la culminación del contrato.
  - ii. Las partes acordaron establecer que la entrega de los bienes pendientes de atención, se realizaría en cuatro envíos, cuya efectividad se encontrará sujeta al cumplimiento de los correspondientes pagos parciales, con cargo a la Carta de Crédito, dentro de los diez (10) días de recibida cada entrega de material (Ver Cláusula Tercera de la Adenda).

Ello implica una modificación en las condiciones contractuales inicialmente pactadas en lo referido a la entrega de los bienes objeto del contrato, toda vez que se condiciona la entrega de los envíos al cumplimiento de los pagos parciales por parte de La FAP.

**En líneas generales, podemos concluir que la referida Adenda implica una modificación expresa del Artículo 5 del Contrato (condiciones y plazos de atención de la mercadería) y del Artículo 8 del mismo (Beneficiario de la Carta de Crédito).**

#### 5.1.3. **Penalidades**

Es importante tener claro, a efectos de resolver la presente controversia, cuál fue el régimen de aplicación de penalidades establecido en el Contrato y si dicho régimen fue objeto de modificación alguna en la Adenda correspondiente.

- a. En la Cláusula 14 del Contrato, se estableció lo siguiente: "*En el caso que EL VENDEDOR no cumpla con los plazos establecidos de entrega de LA MERCADERIA suministrada según el presente contrato, EL COMPRADOR estará facultado a cobrar a EL VENDEDOR una multa por cada día de retraso equivalente al importe de 0.1% de costo de LA MERCADERIA no entregada en los plazos establecidos. El importe total de la multa no deberá exceder el 10% del costo de dicha mercadería y será deducido de los pagos a realizar*".
- b. Se estableció que en caso la penalidad alcance el máximo del 10% (entiéndase del monto del Contrato) se resolvería el contrato.
- c. Si bien es cierto AOP CORPORATION propuso a la FAP que por la aplicación de penalidad incurrida (antes de la firma de la Adenda) se realice un curso de entrenamiento para piloto Helicóptero B-412/S-300C, a costo de dicha empresa. Dicha propuesta fue analizada por La FAP (Oficio NC-170-GEF3-No 1430 del 08 de Agosto de 2011 y Oficio NC-170-DEDT-No. 2664 del 17 de Octubre de 2011), estableciendo primero la necesidad de realizar una

evaluación de precios a nivel internacional de los cursos ofrecidos a fin de tomarlos como parte de pago de las penalidades, para luego formalizar ello mediante una correspondiente Adenda.

Sin embargo, no existe medio probatorio alguno que demuestre que dicha evaluación se haya realizado y menos aún existe formalización alguna, a través de Adenda, de la modificación del régimen de penalidades.

- d. La Dirección de Economía de La FAP dispuso que debía cancelarse a favor de QUALITY (El Consorcio) el importe de US\$ 71,975.99 sin penalidad (ello referido al material entregado previamente a la suscripción de la adenda).

De lo expuesto podemos concluir lo siguiente:

- i. El Régimen de Penalidades se encuentra regulado en la Cláusula 14 del Contrato.
- ii. No existió modificación al Régimen de Penalidades en la Adenda.
- iii. Se dejó sin efecto la aplicación de penalidades en razón al pago de US\$ 71,975.99 por mercadería entregada inicialmente. Ello implica una condonación, en lo que se refiere a dicho pago, más no una modificación del régimen de penalidades para los posteriores envíos.

#### 5.1.4. Del Proceso de Resolución de Contrato por parte de La FAP.

- a. De acuerdo a lo manifestado por la FAP, el proceso de resolución de contrato se inició con el establecimiento de una serie de observaciones referidas a la calidad de los bienes entregados por El Consorcio.

A continuación señalaremos dichas observaciones:

- i. **Carta GAB3-No.0639, de fecha 09 de Abril de 2012, remitida por la FAP a AOP.**  
En dicha carta se señala que AOP no habría cumplido con atender el material aeronáutico de acuerdo a las especificaciones técnicas indicadas en el Anexo No. 1 del Contrato, por lo que no se acepta dicho material, señalándose, expresamente, que se indique los datos del transportista para la devolución del material.  
En la misma carta se refiere a: i) ítem 38, el cual fue desaprobado por presentar ralladuras en vástago del perno y al ii) ítem 7, el cual fue desaprobado, toda vez que el número de parte solicitado fue escrito en un papel y pegado con cinta sobre la escritura del componente.

- ii. **Carta de AOP de fecha 13 de Abril de 2012.**  
En dicha carta, dando respuesta a la Carta GAB3-No.0639, AOP señala, de manera expresa, que estaría presentando el reclamo respectivo ante el fabricante para su inmediata solución (rechazo de ítem 38 e ítem 7).

Por otro lado sostiene, que en relación al material rechazo por no cumplir con las especificaciones técnicas indicadas en el Anexo No. 1, en vía de subsanación, se establece que dicho material si cumplía con las especificaciones técnicas establecidas, y es el que corresponde al adjudicado, por haber supercedido por el propio fabricante, conforme consta del Manual de Listado de Precios de Partes emitido por el fabricante SCHWEIZER AIRCRAFT CORP (Spare Parts, Tools, Hardware & Publication for Schweizer Helicopters), así como la ferretería (hardware) consta con los documentos (Cross Data), cuyas copias pertinentes se adjuntaron en dicha carta.

- iii. **Carta GAB3-No.0897 de fecha 16 de Mayo de 2012, remitida por la FAP a AOP.**  
En dicha carta, la FAP, dando respuesta a la Carta de AOP de fecha 13 de Abril de 2012, manifiesta lo siguiente:
  - Que el Catálogo de Precios y el Reporte de Partes AVREF no son documentos oficiales de mantenimiento de la aeronave, por lo tanto no garantizan la trazabilidad de los componentes, por lo que no se aceptan dichos bienes en lo referido a los siguientes ítems 5,17,18,54,55,57,60,69,130,151,192,212 y 213. Sólo se emite el Acta de Conformidad por los ítems 25,31,169 y 193.
- iv. **Carta de AOP de fecha 28 de Mayo de 2012.**  
En dicha Carta, AOP comunica a la FAP de la realización de coordinaciones correspondientes con el fabricante Helicopter Support Inc (HSI), división de SILOSKY AEROSPACE, propietarios de SCHWEIZER, para expresarle la disconformidad expuesta por los especialistas de la FAP. Asimismo, sostiene, que realizadas las coordinaciones con el fabricante se ha determinado que la trazabilidad se encontraba plenamente garantizada por cuanto la información relacionada a los componentes entregados se encuentra contenida en la propia página web del Fabricante SCHWEIZER y del fabricante HAWKER BEECHCRAFT, con lo que da el carácter de oficial y auténtico.
- v. **Carta GAB3. No. 0958 de fecha 29 de Mayo de 2012 remitida por la FAP a AOP.**  
En dicha carta, la FAP comunica la aceptación del ítem 7, pero rechazando el ítem 38 por razones de calidad del bien.
- vi. **Carta GAB3-No. 1146, de fecha 28 de Junio de 2012 remitida por la FAP a AOP.**  
En dicha carta, la FAP se rechaza los ítems 216,278,279,281,282,283,285 y 286, toda vez que dicho material atendido como alterno no figura en el Catálogo de Partes (IPC) del Helicóptero SCHWEIZER, además que el listado de precios es para helicópteros 269, no pudiendo ser utilizado como documento oficial de mantenimiento del helicóptero Modelo 269C (S-300C). Asimismo, se señala que en listado de precios 2012, SIKORSKY no considera los números de parte embarcados como intercambiables de los requeridos.
- vii. **Carta de AOP de fecha 30 de Julio de 2012.**  
En dicha Carta, AOP dando respuesta a la Carta GAB3-No. 1146, señala que conforme lo manifiesta el propio fabricante SIKORSKY AEROSPACE, todos los componentes, repuestos y accesorios referidos al Modelo 269C (S300C), corresponden y pertenecen al Modelo Schweizer original 269, tal como claramente lo explica el Volumen II del Catálogo adjuntado. Mediante Carta de fecha 13 de Agosto de 2012, 24 ,27 y 28 de Agosto de 2012 se amplió la información del material embarcado.
- viii. **Carta GAB3 No. 1659 de fecha 28 de Agosto de 2012 remitida por la FAP a la AOP.**  
En dicha comunicaciones, la FAP hace mención a los supuestos incumplimientos denunciados en las Cartas GAB3-No. 0639 del 09 de Abril de 2012, Carta No. GAB3 No. 0897 del 16 de Mayo de 2012 y la Carta GAB3 No. 1146 del 28 de Junio de 2012. Dicha comunicación hace ver del incumplimiento, por parte de El Consorcio, referido a la calidad del bien entregado, pero sin embargo, la FAP no invoca, dicha carta, la probabilidad de resolver, en un futuro, el contrato, además no existe intimación alguna para el cumplimiento de las obligaciones incumplidas, relacionadas con dichas Cartas, bajo apercibimiento de dar por resuelto el contrato, a fin de hacer valer su

derecho de acuerdo a lo establecido en la Cláusula 13.1 del Contrato. Sólo existe una exhortación a efectos de tener mejores relaciones con El Consorcio.

**ix. Carta GAB3-No.1748 del 07 de Septiembre de 2012 remitida por la FAP a la AOP.** En dicha comunicación, la FAP sostiene que AOP no ha cumplido con subsanar las observaciones advertidas, sólo aceptando lo referido a los ítems 169 y 254. En dicha carta, la FAP le solicita a AOP sirva solicitar a la empresa SCHWEIZER AIRCRAFT CORP o a la empresa encargada oficial para el suministro de repuestos la documentación sustentatoria sobre la intercambiabilidad de los número de parte de los ítems señalados, señalando, además, que existe pendiente levantamiento de observaciones.

En tal sentido, la FAP sostiene la existencia de un incumplimiento de acuerdo a lo establecido en el Artículo 3 inciso 3.3 del Contrato, lo que acarrearía la resolución definitiva del contrato, en caso no se levanten las observaciones mencionadas.

**x. Carta de AOP fe fecha 21 de Septiembre de 2012.**

En dicha Carta, AOP le solicita a la FAP la revaluación del material en discrepancia, adjuntándose como elemento adicional la confirmación de que Illustrated Parts Catalog (IPC) 2008 y adicional Spare Parts Price List 2010 de SCHWEIZER comunicada por el soporte técnico de SIKORSKY, a través de su empresa subsidiaria Helicopter Support Inc. (HSI), ya que de ambos catálogos se permite verificar el PN correcto supercedido o remplazado por fábrica.

**xi. Carta AOP de fecha 25 de Septiembre de 2012.**

En dicha carta, AOP solicita, a la FAP, el retorno de los ítems en discrepancia 38 y 127 para su reposición.

**xii. Carta de AOP de fecha 27 de Septiembre de 2012.**

En dicha Carta, AOP sostiene que atendiendo la recomendación de la FAP, señalada en la Carta GAB3 No. 1748, dicha empresa realizó la solicitud ante el fabricante sobre el sustento que acredite la intercambiabilidad de los número de parte de los ítems atendidos, habiéndose obtenido de parte del fabricante, el pronunciamiento contenido en un email, en el cual señala el fabricante que se encuentra validada por ellos el uso de la Lista de Precios (Model 269 Helicopter Spare Parts List) como mecanismo de confirmación para remplazo de número de partes y/o número de partes supercedido.

**xiii. Carta GAB3-No. 1893 de fecha 28 de Septiembre de 2012 remitida por la FAO a AOP.**

En dicha Carta, la FAP sostiene lo siguiente:

- No se encuentran en el catálogo de partes (IPC) de SCHWEIZER del año 2004 y 2008, ni tampoco como intercambiables, los siguientes ítems: 58, 76 87, 88, 96, 111, 126 y 127.
- En relación a los ítems 160,169 y 254 existen observaciones en relación a la trazabilidad y sobre identificación del número de parte.
- Se encuentra pendiente de atención material por el importe de US\$ 172,598.88
- No se ha subsanado las discrepancias encontradas en los materiales ya internados, ocasionando con ello, que dichos materiales no puedan ser utilizados.
- Denuncia reiterado incumplimiento por parte de El Consorcio, otorgando un plazo de 15 días calendarios cumpla con la totalidad de sus obligaciones asumidas, caso contrario se procederá con resolver el contrato.

**xiv. Carta de AOP de fecha 10 de Octubre de 2012.**

Dicho documento resulta ser la Carta de Respuesta a la Carta señalada en el numeral anterior.

AOP sostuvo lo siguiente:

- Que cumplió con subsanar las observaciones planteadas en la Carta GAB3 No. 1893. Ello a través de la Carta AOP de fecha 24 de Agosto de 2012. En lo relacionado a los ítems 169 y 254, la FAP dio su conformidad, mientras que en los ítems 127 y 160, AOP solicitó su devolución con los documentos señalados en las Cartas de fechas 25 de Septiembre de 2012 y 09 de Octubre de 2012.
- Que en relación a los ítems 7 y 38, AOP realizó la subsanación correspondiente conforme Carta de fecha 04 de Mayo de 2012, lo cual fue aceptado. En relación al ítem 38, AOP solicitó la devolución del ítem 38, tal como se comunicó mediante Carta del 25 de Septiembre de 2012.
- Que en relación a los ítems 5,17,18,54,55,57,60,69,130,151,192,212 y 213, AOP sostiene que dichos materiales eran los que correspondían, lo cual ha sido ratificado y afirmado por el propio fabricante, conforme Carta de fecha 19 de Junio de 2012, lo cual se encuentra pendiente de respuesta.
- En relación a los ítems 216,278,279,281,282,283,285 y 286, AOP sostiene que El Consorcio realizó la absolución respectiva mediante Carta de fecha 27 de Agosto de 2012.
- Sobre la no aceptación de los ítems 58,76, 87,88,96,11,126,127,160,169 y 254, AOP señala que se considere la subsanación efectuada por Carta de fecha 13 de Agosto de 2012.
- Sobre la no aceptación de los materiales de ferretería, AOP solicita los términos de la valuación realizada por el fabricante a través de HSI, conforme fuera informado por Carta de fecha 03 de Octubre de 2012.

xv. **Mediante Carta GAB3 No. 2076, de fecha 22 de Octubre de 2012, remitida por la FAP a AOP.**

Mediante dicho documento, la FAP comunica a AOP la Resolución del Contrato con su respectiva adenda, toda vez que no cumplió con subsanar las observaciones presentadas por la FAP, lo cual implica una trasgresión a la Cláusula 3.3. del Contrato. Es por ello que invoca lo establecido en la Cláusula 13 del Contrato para proceder con resolver el contrato. En la referida Carta, asimismo, se comunica que la decisión de Resolución fue tomada por Resolución C.G.ALAR 2 No. 0089-ALAR2 del 22 de Octubre de 2012.

*QNM*  
5.2. **Primer Punto Controvertido: Determinar si corresponde o no dejar sin efecto la Resolución C.G. ALAR 2, No.0089-ALAR2, de fecha 22 de Octubre de 2013, mediante la cual se declaró la Resolución del Contrato Internacional No. 0430-CACE-GRUP3-2010, de fecha 13 de Agosto de 2010, proveniente del Proceso de Compras al Extranjero CE-9-2010-CACE2-SCHWEIZER-S-300-C, por considerar que la misma ha sido realizada en forma injustificada y unilateralmente por la FAP.**

5.2.1. A efectos de poder resolver el presente punto controvertido, es necesario tener en cuenta que existieron ciertas denuncias por parte de la FAP, comunicadas oportunamente a AOP (empresa consorciada), respecto de deficiencias en la calidad de los bienes entregados en ejecución del contrato.

El Artículo 3.2 del Contrato estableció que la calidad de la mercadería corresponderá a los estándares y normas técnicas correspondientes y se confirmará en los formularios y documentación técnica correspondiente.

5.2.2. Sin embargo, para efectos de proceder a resolver el contrato, la FAP se centró en los siguientes supuestos incumplimientos:

- **Incumplimiento denunciado por Carta GAB3 No. 0639 del 09 de Abril de 2012**

En dicha carta se señala que AOP no habría cumplido con atender el material aeronáutico de acuerdo a las especificaciones técnicas indicadas en el Anexo No. 1 del Contrato, precisamente en lo referido al ítem 38 (desaprobado por presentar rayaduras en vástago del perno) y el ítem 07, desaprobado, toda vez que el número de parte solicitado fue escrito en un papel y pegado con cinta sobre la escritura del componente.

- **Incumplimiento denunciado por Carta GAB3 No. 1659 de fecha 28 de Agosto de 2012 remitida por la FAP a la AOP.**

En dicha comunicaciones, la FAP hace mención a los supuestos incumplimientos denunciados en las Cartas GAB3-No. 0639 del 09 de Abril de 2012 (ítem 7 y 38), Carta No. GAB3 No. 0897 del 16 de Mayo de 2012 (ítems 5,17,18,54,55,57,60,69,130,151,192,212 y 213) y la Carta GAB3 No. 1146 del 28 de Junio de 2012 (ítems 216,278,279,281,282,283,285 y 286)

5.2.3. En tal sentido, a efectos de resolver si el Contrato fue válidamente resuelto por la FAP, corresponde analizar cada uno de los levantamientos de las observaciones realizadas por El Consorcio.

i. **Ítem 07 (Auxiliary FUEL PUMP ASSY N/P 269 A4090-001 N/S 134433)**

La FAP mediante Carta GAB3. No. 0958 de fecha 29 de Mayo de 2012 remitida por la FAP a AOP comunicó la aceptación del ítem 07. En tal sentido, por manifestación expresa, de la FAP este Tribunal Arbitral considera que El Consorcio levantó correctamente las observaciones sobre el referido ítem.

ii. **Ítem 38 (BOLT N/P 269 A1354)**

La FAP sostiene que dicho material presentaba ralladuras en los vástagos de los pernos. El Consorcio mediante Carta de fecha 13 de Abril de 2012 manifestó que estaría presentando el reclamo respectivo ante el fabricante para su inmediata solución. Posteriormente, mediante Carta del 04 de Mayo de 2012, El Consorcio sostuvo que la empresa fabricante – Helicopter Supprot Inc. (HSI) envía la Invoice/Packing List con su COC certificando que los Bolt estaban en condición de nuevos e inspeccionados antes de su embarque, por lo que la discrepancia (ralladuras) no indica que el material se encuentre dañado, ya que cuenta con la garantía de fábrica HSI.

*QW7*  
Ante dicha posición, la FAP mantuvo su posición de rechazar el ítem 38 mediante Carta GAB3 No. 0958.

Ante dicha situación, debemos señalar que en relación al referido ítem 38 no existe medio probatorio de naturaleza técnica que sustente que la referida ralladura en vástago del perno, denunciada por la FAP, implique un daño que influya en la operatividad del referido repuesto. La FAP no contestó, de una manera técnica, lo afirmado por El Consorcio mediante Carta del 04 de Mayo de 2012, referido a la existencia de manchas superficiales sin profundidad en relación al material identificado como ítem 38.

En tal sentido, este Tribunal considera que El Consorcio procedió con levantar, debidamente la observación referida al ítem 38.

**iii. En relación a los ítems 05, 17,18,54,55,57,60,69,130,151,192,212 y 213.**

- a. De una revisión del Anexo No. 1 al Contrato No. 0430-CACE-GRUP3-2010, se puede verificar que dichos ítems se refieren a material aeronáutico aplicable al Helicóptero SCHWEIZER S-300 C; sin embargo de las especificaciones técnicas de cada uno de los materiales descritos en el referido Anexo No. 1 no se desprende la exigencia que el proveedor del material sea la misma empresa fabricante del Helicóptero es decir SCHWEIZER. Es más, resulta claro del Artículo No. 1 del Contrato – Objeto del Contrato, que el material aeronáutico debe ser aplicable al Helicóptero SCHWEIZER S-300-C,
- b. La FAP sostiene que el material entregado no cumple las especificaciones técnicas indicadas en el Anexo No. 1 del Contrato.
- c. A fin de atender dicha Observación, El Consorcio acompaña el documento denominado 2010 PRICE LIST Spare Parts, Tools, Hardware & Publications For Schweizer 269 Serie Helicopter (Rev 1) elaborado por SCHWEIZER AIRCRAFT CORP, empresa subsidiaria de Sikorsky Aircraft. Dicho Documento fue presentado a la FAP, en calidad de levantamiento de observación, mediante Carta de fecha 13 de Abril de 2012, habiendo señalado que dicho documento corresponde al Manual de Listado de Precios de Partes emitido por el fabricante SCHWEIZER.
- d. La posición de la FAP se encuentra contenida en la Carta GAB3 No. 0897, de fecha 16 de Mayo de 2013, la cual señala que el catálogo de precios y el reporte de partes AVREF no son documentos oficiales de mantenimiento de la aeronave, por lo tanto no garantizan la trazabilidad de los componentes, por lo que no son aceptados. **Dicha posición es reafirmada en la Carta GAB3-No. 1146, del 28 de Junio de 2012, en donde se hace la precisión que el listado de precios acompañado por El Consorcio se refiere al Helicóptero Modelo 269, no pudiendo ser utilizado como documento oficial de mantenimiento del helicóptero Modelo 269C (S-300C)**
- e. Ante dicha posición, El Consorcio mediante Carta del 30 de Julio de 2012 sostiene que tal como se explica del Volumen II del Catálogo, adjunto a la Carta, se puede apreciar que la Lista de Precios del Modelo 269 del año 2010, incluye y agrupa a todos los números de parte de todos los modelos subsiguientes, tales como el Modelo 269C, información que puede ser corroborada en la dirección, teléfono y correo electrónico del soporte de cliente del proveedor.

- f. Este Tribunal Arbitral considera que los documentos presentados por El Consorcio (2010 Price List, Correo Electrónico de proveedor, etc), no sustentan debidamente, de una manera técnica, la trazabilidad de los componentes y su debida aplicación para el Helicóptero SCHWEIZER S-300C.

El documento 2010 Price List contiene la descripción de los componentes, el número de parte correspondiente y su precio, siendo importante destacar que dicho documento se refiere a componentes aplicables al Helicóptero SCHWEIZER Modelo 269, no habiendo este Tribunal encontrado medio probatorio idóneo que sustente, de manera técnica, la debida aplicación de los componentes ingresados al Helicóptero SCHWEIZER 269C, objeto del contrato. Asimismo, somos de la opinión que la trazabilidad de componentes debe ser sustentado de una manera técnica, con documentos que expliquen con suficiencia dicha trazabilidad, no siendo correcta la posición de El Consorcio de señalar a la FAP que la corroboración puede ser corroborada con un correo electrónico del proveedor.

En tal sentido, este Tribunal considera que El Consorcio no cumplió con levantar debidamente las observaciones referidas a los ítems 05, 17, 18, 54, 55, 57, 60, 69, 130, 151, 192, 212 y 213, por lo que existe un incumplimiento en las obligaciones de El Consorcio referido a la idoneidad técnica de los bienes a ser suministrados a la FAP, debiendo entenderse que el Contrato fue resuelto de una manera válida y justificada.

**Por lo anteriormente expuesto, corresponde declarar INFUNDADA la Primera Pretensión Principal referida a la declaración de invalidez de la Resolución del Contrato.**

**5.3. Segundo Punto Controvertido: Determinar si corresponde o no ordenar la restitución, a favor de CONSORCIO, de los importes cobrados por la FAP por concepto de penalidad por mora en la entrega de los materiales en adquisición.**

**5.3.1. Antes de realizar el análisis referido al presente punto controvertido, consideramos necesario efectuar un breve acercamiento doctrinario sobre la institución jurídica de la penalidad.**

Nuestro ordenamiento civil en materia de incumplimiento contractual establece la posibilidad que las partes dentro de una relación contractual establezcan una pena o penalidad convenida para el caso de incumplimiento.

Felipe Osteling Parodi y Mario Castillo al referirse a las obligaciones con Cláusula Penal sostienen lo siguiente: *"Debemos subrayar que la cláusula penal, al igual que los daños y perjuicios, puede tener naturaleza moratoria o compensatoria, dependiendo de si con ella se busca indemnizar la mora en el pago o si lo que se pretende indemnizar es el cumplimiento parcial o defectuoso o el incumplimiento definitivo de la obligación"*.

Asimismo, dichos autores sostienen que *la pena convencional origina en el deudor un efecto intimidatorio o de presión para el cumplimiento de la obligación, toda vez que, como ya se*

<sup>1</sup> OSTERLING PARODI Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. "Obligaciones con Cláusula Penal", en Revista de Investigación Jurídica IUS, pp.32

*ha expresado, puede acarrear consecuencias más gravosas que un simple incumplimiento. Así la voluntad de cumplir tendrá mayor vigor, lo que, en definitiva, muestra su función general de garantía.<sup>2</sup>*

### 5.3.2. Del Régimen de Aplicación de Penalidades en el presente caso.

De la revisión de la Cláusula 14 del Contrato, se puede verificar el siguiente pacto de penalidad:

*"En el caso que EL VENDEDOR no cumpla con los plazos establecidos de entrega de LA MERCADERIA suministrada según el presente contrato, EL COMPRADOR estará facultado a cobrar a EL VENDEDOR una multa por cada día de retraso equivalente al importe de 0.1% de costo de LA MERCADERIA no entregada en los plazos establecidos. El importe total de la multa no deberá exceder el 10% del costo de dicha mercadería y será deducido de los pagos a realizar".*

Cabe resaltar que dicho régimen de penalidades no fue modificada en la Adenda del Contrato, por lo que debe entenderse dicho mecanismo como el aplicable al presente caso.

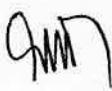
Nos encontramos frente a una cláusula penal intimidatoria, el cual tuvo por finalidad hacer gravosa para El Consorcio el tener que incumplir con sus obligaciones frente a la FAP; sin embargo, debe tenerse presente que para verificar la exigibilidad de aplicación de penalidades en contra de El Consorcio resulta fundamental verificar si éste no cumplió con los plazos establecidos de entrega a favor de La FAP.

### 5.3.3. Modificación a los Plazos de Entrega de la Mercadería.

Es necesario señalar que en la Adenda del Contrato se estableció lo siguiente:

- i. Existió la mención que a la fecha de suscripción de la Adenda fueron entregados conforme, un motor y componentes, por el importe de US\$ 68,128.01, que sería pagado a la culminación del contrato.
- iii. **Las partes acordaron establecer que la entrega de los bienes pendientes de atención, se realizaría en cuatro envíos, cuya efectividad se encontrará sujeta al cumplimiento de los correspondientes pagos parciales**, con cargo a la Carta de Crédito, dentro de los diez (10) días de recibida cada entrega de material (Ver Cláusula Tercera de la Adenda).

En tal sentido, este Tribunal Arbitral llega a la conclusión que con la suscripción de la referida Adenda se efectuó una modificación en las condiciones contractuales inicialmente pactadas en lo referido a la entrega de los bienes objeto del contrato, toda vez que se condiciona la entrega de los envíos al cumplimiento de los pagos parciales por parte de La FAP. En líneas generales, podemos concluir que la referida Adenda implica una modificación expresa del Artículo 5 del Contrato (condiciones y plazos de atención de la mercadería)

  
<sup>2</sup> OSTELING PARODI Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. "Compendio del Derecho de Obligaciones", Editorial Palestra, 2008, Lima, pp.980.  
(GSA: 0256064.DOC v.5-PERSONAL.)

- 5.3.4. El Consorcio sostiene que luego de suscrita y vigente la Adenda existieron incumplimientos contractuales por parte de la FAP, en relación al pago por las entregas parciales realizadas (que era condición para que El Consorcio pueda continuar con las entregas conforme lo establecido en el Artículo Tercero de la Adenda). Dichas entregas parciales fueron pagadas posteriormente con aplicación de penalidades.

La Posición de la FAP se refiere a sostener que en la Adenda correspondiente sólo se modificó el Artículo 8 del Contrato referido al Titular de la Carta de Crédito, no habiéndose alterado ni afectado sustancialmente las condiciones principales del contrato, no habiendo El Consorcio cumplido con las cuatro entregas pendientes existentes luego de la firma de la Adenda. Los materiales fueron entregados fuera de los plazos establecidos, por lo que correspondía aplicar la Cláusula 14 del Contrato.

- 5.3.5. Al respecto, este Tribunal considera como incorrecta la posición asumida por la FAP referido a que la Adenda del Contrato sólo modificó el Artículo 8 del Contrato referido al Beneficiario de la Carta de Crédito.

La Cláusula Tercera de la Adenda del Contrato estableció lo siguiente: "Las partes acordaron establecer que la entrega de los bienes pendientes de atención, se realizaría en cuatro envíos, cuya efectividad se encontrará sujeta al cumplimiento de los correspondientes pagos parciales, con cargo a la Carta de Crédito, dentro de los diez (10) días de recibida cada entrega de material (Ver Cláusula Tercera de la Adenda)"

**Para el Tribunal Arbitral queda claro entonces que con la suscripción de la adenda señalada existió una modificación en relación con el plazo de entrega de los cuatro envíos pendiente de cumplimiento por parte de El Consorcio.**

- 5.3.6. El Consorcio sostiene que la FAP no cumplió con los pagos referidos a las entregas parciales realizadas (que era condición para que CONSORCIO pueda continuar con las entregas conforme lo establecido en el Artículo Tercero de la Adenda), no obstante ello, pese a no recibir los pagos convenidos, el Consorcio siguió entregando el material que no fue oportunamente pagado y cuando fue ello pagado se realizó con aplicación de penalidades.

De acuerdo a las diversas Cartas enviadas por la FAP a El Consorcio referida a la aplicación de penalidades, éstas se determinaron de la siguiente manera:

- a. Penalidad ascendente a US\$ 55.04 relacionado al Acta de Conformidad del 27 de Septiembre de 2012 (Ver Carta GAF3 No. 1979 del 10 de Octubre de 2012).
- b. Penalidad ascendente a US\$ 4,320.15 relacionado al Acta de Conformidad del 13 de Septiembre de 2012 (Ver Carta GAF3 No. 1856 del 25 de Septiembre de 2012).
- c. Penalidad ascendente a US\$ 318.74 relacionado al Acta de Conformidad del 30 de Mayo de 2012 (Ver Carta GAF3 No. 1028 del 07 de Junio de 2012).
- d. Penalidad ascendente a US\$ 968.26 relacionado al Acta de Conformidad del 18 de Mayo de 2012 (Ver Carta GAF3 No. 961 del 29 de Mayo de 2012).
- e. Penalidad ascendente a US\$ 5,284.19 relacionado al Acta de Conformidad del 09 de Abril de 2012 (Ver Carta GAF3 No. 679 del 13 de Abril de 2012).

- f. Penalidad ascendente a US\$ 1,873.29 relacionado al Acta de Conformidad del 26 de Diciembre de 2011 (Ver Carta GAF3 No. 0081 del 11 de Enero de 2012).
- g. Penalidad ascendente a US\$ 7,197.59 relacionado al Acta de Conformidad del 26 de Agosto de 2011 (Ver Carta GAF3 No. 1635 del 05 de Septiembre de 2011).

Tal como la Liquidación de CD-20103165, que obra como Anexo 2-H del escrito de demanda, medio probatorio ofrecido por la propia demandante, las penalidades impuestas ascenderían, en total, a la suma de US\$ 12,125.43. Cabe precisar que del referido documento se desprende que la penalidad ascendente a US\$ 7,197.59 no fue aplicada finalmente a El Consorcio.

**5.3.7. De acuerdo a lo acordado en la Cláusula Tercera de la Adenda, la efectividad de la entrega de la mercadería estaba condicionada a los pagos parciales, con cargo a la Carta de Crédito, dentro de los diez (10) días de recibida cada entrega de material.**

Cabe precisar que la FAP no ha invocado argumento alguno ni ofrecido medio probatorio alguno que persiga demostrar que no existió retraso alguno en los pagos parciales efectuados a favor de la FAP. El único argumento que sostiene se refiere a la no modificación de la relación contractual con la suscripción de la Adenda, debiendo mantenerse el régimen general referido a la entrega de mercadería establecida en el Contrato.

En tal sentido, este Tribunal Arbitral considera que no corresponde aplicar las Penalidades establecidas por la FAP a El Consorcio, por supuesto retraso en la entrega de mercaderías por parte de El Consorcio (luego de suscrita la Adenda No. 1 del Contrato).

En tal sentido, de conformidad con lo anteriormente expuesto, este Tribunal Arbitral declara FUNDADA la Segunda Pretensión invocada en la Demanda, referido al dejar sin efecto aplicación de penalidades aplicadas al demandante, debiendo ordenarse a La FAP se sirva reintegrar, a favor de El Consorcio, las sumas indebidamente aplicadas por concepto de penalidades, referidas a las entregas de las mercaderías realizadas con posterioridad a la suscripción de la Adenda del Contrato, para lo cual deberá tenerse en cuenta la regla establecida en el Artículo Tercero de la referida Adenda y a lo dispuesto al resolver el primer punto controvertido.

Este Árbitro Único hace la precisión que al resolver el presente punto se encuentra imposibilitado en señalar el monto que por concepto de penalidades indebidas constituyen una obligación de pago por parte de La FAP, toda vez que el petitorio y el punto controvertido relacionado con este punto (fijado con apoyo de las partes) no hace referencia a la determinación de suma alguna por dicho concepto, estando este árbitro único sólo limitado a pronunciarse sobre la existencia de una indebida o debida aplicación de penalidades.

**5.4. Tercer Punto Controvertido: Determinar si corresponde o no ordenar al Consorcio el pago de US\$ 50,000 (Cincuenta Mil con 00/100 Dólares Americanos) por concepto de daño moral a favor de la FAP, correspondiente a la necesidad de resarcimiento pecuniario por la afectación sufrida por los retrasos en la entrega de materiales y en la**

entrega de materiales que no corresponden a las especificaciones técnicas ofertadas por El Consorcio.

- 5.4.1. Al respecto debemos señalar que el presente Árbitro es de la opinión de reconocer la existencia de ciertos derechos fundamentales a favor de la persona jurídica, toda vez que la misma puede ser titular de situaciones jurídicas existenciales, como el derecho a la identidad, reputación, privacidad entre otros.

Acogemos la posición asumida por el Tribunal Constitucional en la Sentencia emitida el 14 de Agosto de 2012, en el marco del Expediente No. 0905-2001-AA/TC, que estableció lo siguiente:

*"El reconocimiento de los diversos derechos constitucionales es, en principio, a favor de las personas naturales. Por extensión, considera (el Tribunal) que también las personas jurídicas pueden ser titulares de algunos derechos fundamentales en ciertas circunstancias. (...) en la medida en que las organizaciones conformadas por personas naturales se constituyen con el objeto de que se realicen y defiendan sus intereses, esto es, actúan en representación y sustitución de las personas naturales, muchos derechos de éstos últimos (sic) se extienden sobre las personas jurídicas. Una interpretación contraria concluiría con la incoherencia de, por un lado, habilitar facultades a toda asociación – entendida en términos constitucionales y no en sus reducidos alcances- y por otro lado, negar las garantías necesarias para que tal derecho se ejerza y, sobre todo, puedan ser susceptibles de protección.*

*Sin embargo, no sólo de manera indirecta las personas jurídicas de derecho privado pueden titularizar diversos derechos fundamentales. También lo pueden hacer de manera directa."*

En tal sentido, en el presente caso, la FAP cuenta con plena legitimidad para invocar la existencia de daños extrapatrimoniales (daño moral); sin embargo para su ocurrencia deben concurrir los elementos que configuran la responsabilidad civil, en el presente caso contractual. Dichos elementos constituyen: La Conducta Antijurídica (Incumplimiento Contractual), Factor de Atribución (Dolo, Culpa), Nexo de Causalidad y Probanza de los Daños.

- 5.4.2. En el presente caso, la FAP pretende que el Consorcio le pague la suma de US\$ 50,000.00 (Cincuenta Mil con 00/100 Dólares Americanos) o su equivalente en moneda nacional por concepto de daño moral (daño extrapatrimonial), que corresponde a la necesidad del resarcimiento pecuniario por parte de El Consorcio debido a la afectación sufrida por los retrasos en la entrega de materiales y en la entrega de materiales que no corresponden con las especificaciones técnicas ofertadas en el Contrato No. 0430-CACE-GRUP3-2010.

Mediante escrito de fecha 14 de Mayo de 2013, la FAP sustentó su pretensión indemnizatoria de la siguiente manera:

- a. Que la cuantificación del daño producido por el incumplimiento del contrato encuadra dentro de los presupuestos establecidos y en la obligación de resarcir económicamente a la FAP.
- b. Que por causa del incumplimiento del contrato, la FAP se vio en la obligación de no dar uso a los helicópteros S-300C SCHWEIZER que es empleado en la instrucción de los alumnos pilotos en la especialidad de Helicópteros. En total, según la FAP, 06

helicópteros se encuentran inoperativos, teniendo dicha institución cuatro promociones de la especialidad de vuelo en helicópteros sin poder culminar su instrucción.

- c. Existe un daño moral reflejado en un daño institucional como Fuerza Armada, al haberse deslegitimado la naturaleza de la FAP de protector del espacio aéreo.

Adicionalmente a los fundamentos expuestos por la FAP, dicha institución señala en el Primer Otrosí del escrito de fecha 14 de Mayo de 2013, que el petitorio que es materia de pronunciamiento no requiere de prueba, al ser los daños extrapatrimoniales.

- 5.4.3. Al respecto este Árbitro no comparte la posición asumida por la FAP en relación a la inexistencia de la carga probatoria a fin de acreditar la existencia de daños extrapatrimoniales. Ello es incorrecto, toda vez que en el presente caso, la FAP, en calidad de parte reconviniente, **se encontraba obligada a demostrar los daños supuestamente existentes, no sólo en relación al hecho en sí generador del daño, sino que también se encontraba en la obligación de demostrar la magnitud y cuantía del daño.**

Si bien es cierto en materia indemnizatoria extrapatrimonial existe una cierta flexibilidad en el juzgador en determinar la cuantía de la indemnización correspondiente de acuerdo a un adecuado criterio de conciencia, ello no exonera que la FAP haya tenido la carga de demostrar los hechos invocados como generadora del daño moral: Imposibilidad de utilizar los helicópteros S-300 C SCHWEIZER como instrumento de capacitación de las promociones de la especialidad de helicópteros.

No existe medio probatorio alguno, aportado por la FAP, y que pueda ser valorado por el presente árbitro que permitiese determinar la existencia del hecho invocado por la FAP como causante del daño moral señalado (ni en el escrito de reconvención de fecha 02 de Mayo de 2013 y del escrito de sustentación de pretensión indemnizatoria de fecha 14 de Mayo de 2013)

- 5.4.4. Por dichas, este Árbitro declara **INFUNDADA** la Pretensión contenida en la Reconvención formulada por la FAP, en contra de El Consorcio, referida al pago de US\$ 50,000.00 por concepto de daños y perjuicios por daño moral.

## 6. Gastos Arbitrales.

De conformidad con lo establecido en el numeral 2 del Artículo 56 de la Ley de Arbitraje y el numeral 1 del Artículo 57 del Reglamento del Centro, corresponde en este punto que el Tribunal Arbitral se pronuncie acerca de los costos del presente arbitraje, a fin de determinar si corresponde que alguna de las partes deba asumirlos en su totalidad, o si por el contrario, cada parte deberá asumir sus propios gastos y los que sean comunes en partes iguales.

 El Tribunal Arbitral advierte que el Convenio Arbitral contenido en el Artículo 10 del Contrato establece que los costos del arbitraje los asumirá la parte responsable.

En el presente caso, consideramos que no existe parte responsable, toda vez que se ha estimado pretensiones de cada una de las partes, por lo que resulta coherente establecer que cada parte asuma sus propios gastos arbitrales.

**DE LA DECISION.-**

Por último, el Árbitro Único deja constancia que para la expedición de este laudo ha analizado todos los argumentos de defensa expuestos por las partes y examinado las pruebas presentadas por éstas de acuerdo a las reglas de la sana crítica y el principio de libre valoración de la prueba y que el sentido de su decisión es el resultado de ese análisis y de su convicción sobre la controversia, al margen de que algunas de las pruebas presentadas o actuadas y algunos de los argumentos esgrimidos por las partes no hayan sido expresamente citados en el presente Laudo.

Por las razones expuestas, estando a los considerandos precedentemente glosados a partir de este Laudo, los Artículos 52 y siguientes de la Ley y, estando a lo prescrito por las normas legales invocadas, el Árbitro Único, en DERECHO.

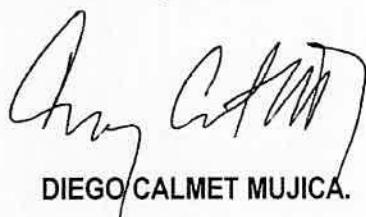
**LAUDA.**

**PRIMERO.-** Declarar **INFUNDADA** la pretensión planteada por El Consorcio en contra de la FAP, referida a la declaración de invalidez de la Resolución del Contrato Internacional No. 0430-CACE-GRUP3-2010.

**SEGUNDO.-** Declara **FUNDADA** la pretensión planteada por El Consorcio en contra de la FAP, referida al dejar sin efecto la aplicación de penalidades aplicadas al demandante, debiendo ordenarse a La FAP se sirva reintegrar, a favor de El Consorcio, las sumas indebidamente aplicadas por concepto de penalidades, referidas a las entregas de las mercaderías realizadas con posterioridad a la suscripción de la Adenda del Contrato, para lo cual deberá tenerse en cuenta la regla establecida en el Artículo Tercero de la referida Adenda y a lo dispuesto al resolver el primer punto controvertido.

**TERCERO.-** Declara **INFUNDADA** la pretensión que forma parte de la reconvención planteada por la FAP en contra de El Consorcio referida al pago de la suma de US\$ 50,000.00 (Cincuenta Mil con 00/100 Dólares Americanos) por indemnización por daño moral.

**CUARTO.-** Declara que tanto El Consorcio y la FAP asumirán cada uno sus gastos arbitrales de manera equivalente.



DIEGO CALMET MUJICA.