

LAUDO ARBITRAL

DEMANDANTE: DISTUGRAF S.A.C. (en adelante, DISTUGRAF)

DEMANDADA: ORGANIZACIÓN DE ESTADOS IBEROAMERICANOS PARA LA EDUCACION, LA CIENCIA Y LA CULTURA (en adelante, OEI)

LITISCONSORTE PASIVO: OFICINA NACIONAL DE PROCESOS ELECTORALES (en adelante, ONPE)

Resolución No. 19

Lima, 03 de Junio del dos mil trece.-

VISTOS:

I. INSTALACIÓN DEL ÁRBITRO UNICO

Con fecha 02 de Octubre del 2006, se instaló el Arbitro Único con la asistencia de las partes, habiéndose establecido las reglas que debían regir el presente proceso arbitral.

II. DEMANDA

Mediante escrito de fecha 12 de octubre del 2006, DISTUGRAF interpuso demanda contra la OEI, la misma que contiene las siguientes pretensiones:

II.1. Primera Pretensión Principal. El pago de S/. 51,650.63 (cincuenta y un mil seiscientos cincuenta y 63/100 nuevos soles) equivalente al 5% (cinco por ciento) del total del precio establecido en el Contrato para la Adquisición, Montaje e Instalación de Maquina Imprenta Offset "Negociación Directa Nro. 004-2006 –OEI-ONPE" de fecha 8 de marzo del 2006 (en adelante el CONTRATO). Monto que fuera deducido por la Oficina Nacional de Procesos Electorales (en adelante la ONPE) al momento de cancelación de la última factura del mencionado CONTRATO.

II.2.Pretensión Accesoria. Que en caso se declare fundada la Primera Pretensión Principal, se paguen los intereses que se viene generando por la falta de pago de los S/. 51,650.63 nuevos soles, así como las costas y costos del proceso arbitral.

II.3. Segunda Pretensión Principal. El pago de los intereses generados por la demora injustificada de los 41(cuarenta y un) días por parte de la ONPE en la última cancelación de la última factura a favor de DISTUGRAF según la Cláusula Quinta de el CONTRATO.

Por resolución Nro.01 del 18 de octubre del 2006 se admitió la demanda y por ofrecidos los medios probatorios, corriéndose traslado de la demanda a la OEI por un plazo de diez días hábiles para que exprese lo conveniente.

III. CONTESTACION DE DEMANDA

Mediante escrito de fecha 03 de Noviembre del 2006 el Señor José Ignacio Lopez Soria se apersonó al proceso en su calidad de representante legal de la OEI cumplió con contestar la demanda dentro del plazo previsto en el Acta de Instalación. En dicho escrito la OEI formulo las siguientes pretensiones:

III.1 Pretensiones Principales:

1. Que se declare improcedente en cuanto a la OEI las pretensiones principales de la demanda por cuanto fue la ONPE quien dedujo el monto reclamado de S/.51,650.63
2. Que se declare improcedente en cuanto la OEI, el pago de los intereses generados por la demora de 41 días por parte de la ONPE, pues conforme al convenio firmado la OEI solo podía efectuar el pago una vez otorgada la conformidad por parte de la ONPE.

III .2 Pretensiones Accesorias

1. Que se declare infundada la pretensión de pago, en cuanto la OEI, por cuanto no ha existido una deducción indebida, sino la aplicación de una penalidad establecida contractualmente.
2. Que se declare infundada la pretensión de pago de intereses generados por demora, por cuanto no existió la supuesta demora.
3. Por resolución Nro. 02 del 07 de noviembre del 2006 se tuvo por contestada la demanda y por ofrecidos los medios probatorios.

IV. DENUNCIA CIVIL

La OEI mediante escrito presentado el 03 de noviembre del 2006 formuló denuncia civil al efecto de que se notifique a la ONPE con la demanda arbitral y del inicio del proceso por cuanto la referida entidad tenía además de la OEI o en su lugar obligaciones o responsabilidades en el derecho discutido. El árbitro único mediante Resolución Nro. 03 del 07 de noviembre del 2006 dispuso que se corra traslado a DISTUGRAF, la cual cumplió con absolver el traslado mediante escrito de fecha 15 de noviembre del 2006. En principio, mediante Resolución N° 5 de fecha 21 de noviembre de 2006 el árbitro único declaró improcedente la solicitud y eventualmente emitió laudo el 05 de marzo de 2007. No obstante, el mismo fue apelado por la ONPE, proceso que culminara con la Resolución N° 3 expedida por la Séptima Sala Civil de la Corte Superior de

Justicia de Lima con fecha 20 de marzo de 2012, quien declara nulo el laudo arbitral de fecha 05 de marzo de 2007 y ordena retrotraer el proceso hasta la calificación de la denuncia civil interpuesta por la OEI. Por tal motivo, el Arbitro Único en cumplimiento de lo dispuesto por la sala resolvió declarar fundada la denuncia civil e integrar a la ONPE al proceso. En consecuencia se corrió traslado a la ONPE a fin que se pronuncie sobre la demanda, con lo cual cumpliera mediante escrito de fecha 18 de enero de 2013.

La ONPE por medio de su escrito de absolución de la demanda cumple con integrarse al proceso y se adhiere a las pretensiones planteadas por la OEI.

Concluida esta etapa se procedió a citar a las partes a la Audiencia de Conciliación y Determinación de Puntos Controvertidos conforme el acta de instalación.

V. AUDIENCIA DE SANEAMIENTO PROCESAL, CONCILIACIÓN, FIJACIÓN DE PUNTOS CONTROVERTIDOS Y ADMISIÓN DE MEDIOS PROBATORIOS

En la Audiencia de Saneamiento Procesal, Conciliación, Fijación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios celebrada con fecha 28 de enero de 2013, el Arbitro Único invitó a las partes a conciliar, no llevándose a cabo la conciliación entre las partes. De conformidad con el numeral 19 de las reglas del proceso arbitral que forman parte del Acta de Instalación del Arbitro Único y con el numeral 4 del artículo 34 de la Ley General de Arbitraje, el Arbitro Único procedió a fijar como puntos controvertidos del proceso arbitral los siguientes:

- a. Determinar si procede ordenar a la OEI el pago a DISTUGRAF de S/. 51,650.63 (cincuenta i un mil seiscientos cincuenta y 63/100 nuevos soles) equivalente al 5 % (cinco por ciento) del total del precio establecido en el CONTRATO. Monto que fuera deducido por la ONPE al momento de cancelación de la última factura del mencionado CONTRATO.
- b. Determinar si procede ordenar a la OEI que el pago de los intereses generados por la demora injustificada de los 41 (cuarenta y un) días por parte de la ONPE en la última cancelación de la última factura a favor de DISTUGRAF según la cláusula Quinta de el CONTRATO.
- c. Determinar a quien y en que proporción corresponde asumir los gastos irrogados en el presente arbitraje.

En la misma Acta el Arbitro Único decidió admitir todos los medios probatorios ofrecidos por DISTUGRAF en su escrito de demanda presentado con fecha 12 de octubre del 2006 signados con los números del 1A al 1L del ítem denominado "medios probatorios". También se dispuso la admisión de los medios probatorios ofrecidos por DISTUGRAF en su escrito del 09 de noviembre del 2006 y los que fueran presentados en 20 de diciembre de 2006.

Respecto de los ofrecidos por la OEI el Arbitro Único decidió admitir todos los medios probatorios ofrecidos por dicha institución en su escrito de demanda presentado con fecha 03 de noviembre del 2006 signados con los números del 1 al 6 del ítem denominado “medios probatorios”.

Asimismo, en relación a los medios probatorios ofrecidos por la ONPE mediante su escrito de absolución de traslado de demanda presentado con fecha 21 de enero de 2013.

Finalmente, el Arbitro Único decidió fijar plazo de diez (10) días hábiles para la presentación de alegatos finales de conformidad con lo establecido en el numeral 24 del Acta de Instalación de fecha 02 de octubre del 2006.

VI. ALEGATOS

En cumplimiento de lo dispuesto, DISTUGRAF, La OEI y la ONPE cumplieron con presentar sus alegatos, los mismos que fueran integrados al presente proceso mediante resolución N° 16 de fecha 13 de marzo de 2013, adicionalmente se cita a las partes a la Audiencia de informes Orales dispuesta para el 27 de marzo de 2013.

VII. AUDIENCIA DE INFORMES ORALES

Con fecha 27 de Marzo del 2013 se celebró la Audiencia de Informes Orales, habiéndose escuchado los informes preparados por las partes de conformidad a lo establecido en el Acta de Instalación de fecha 02 de octubre del 2006.

VIII. PLAZO PARA LAUDAR

En la Audiencia de Informe Oral el Arbitro Único procedió a fijar el plazo para laudar en veinte (20) días útiles, la misma que sería ampliada en quince (15) días útiles mediante Resolución N° 18 de conformidad con lo dispuesto por el numeral 24 del Acta de Instalación.

Y CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que, el presente proceso arbitral se deriva del Contrato para la Adquisición, Montaje e Instalación de maquina Imprenta Offset de fecha 8 de marzo del 2006¹, en el cual las partes se someten a Arbitraje de Derecho en caso de existir cualquier controversia que surja desde la celebración del mismo.

SEGUNDO: Que, constituye un principio general de todo proceso el de la Carga de la Prueba, el mismo que de acuerdo al autor Hernando Devís Echandía² implica “la autoresponsabilidad de las partes por su conducta en el proceso, al disponer de libertad de llevar o no la prueba de los hechos que la

¹ “ Negociación Directa Nro. 004 2006 OEI ONPE”.

² “Teoría General de la Prueba”, Editorial Temis S.A., Santa Fe de Bogotá, año 2002, página 131.

benefician y la contraprueba de los que, comprobados por el contrario, pueden perjudicarlas".

Dicho principio constituye un sustento del Derecho Procesal Civil, que resulta aplicable al presente caso; así como el Texto Único Ordenado de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado (Ley No. 26850), en adelante el T.U.O., su Reglamento, y la Ley General de Arbitraje (Ley No. 26572), ello en aplicación de lo acordado en el Acta de Instalación del Arbitro Único de fecha 02 de Octubre del 2006, que contiene las reglas básicas de este procedimiento arbitral.

TERCERO: Que, los medios probatorios tienen como finalidad acreditar los hechos alegados por las partes, produciendo certeza en el Juzgador respecto a los puntos controvertidos.

Asimismo, los referidos medios probatorios deben ser valorados en forma conjunta, utilizando su apreciación razonada y que, si no se prueba los hechos que sustentan la pretensión, la demanda será declarada infundada, de acuerdo a los principios generales de la prueba de la Unidad de la Prueba y Evaluación de la Prueba, entre otros; los mismos que se encuentran recogidos en los artículos 197 y 200 del Código Procesal Civil.

Por su parte, el artículo 37 de la Ley No. 26572 otorga a los Árbitros, de manera exclusiva, la facultad plena de determinar el valor de las pruebas, siempre que la valoración la realicen en forma conjunta y utilicen su apreciación razonada.

CUARTO: Que, el artículo 50 de la Ley No. 26850, en concordancia con el artículo 117 de su Reglamento, establece la obligación de las partes de cumplir con los términos y condiciones del contrato suscrito por ellas.

Por tanto, es preciso dejar claramente establecido que el presente caso debe ser resuelto con sujeción al principio de la autonomía de las partes. Cabe señalar que dicho principio ha sido consagrado por el artículo 62 de nuestra Constitución Política, el cual establece que la libertad de contratar garantiza que las partes puedan pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato.

En tal sentido, los artículos 1352, 1354 y 1356 del Código Civil consagran el principio de la consensualidad, el principio de la libertad contractual y el carácter obligatorio de las disposiciones contractuales, respectivamente. Asimismo, el artículo 1361 del Código Civil señala que "los contratos son obligatorios en cuanto se haya expresado en ellos", y el artículo 1362 del mismo cuerpo normativo prescribe que "los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes".

Los principios de fuerza obligatoria del contrato, buena fe y común intención de las partes sostienen que los contratos son obligatorios en cuanto se haya expresado en ellos, presumiéndose legalmente que la declaración expresada

en el contrato responde a la voluntad común de las partes. En tal sentido, quien niega dicha coincidencia debe probarla.

QUINTO: El análisis del material probatorio ofrecido por las partes y admitido en la Audiencia de Conciliación, y Determinación de Puntos Controvertidos de fecha 19 de febrero del 2013, deberá estar orientado a esclarecer los puntos controvertidos detallados en la referida Audiencia y en la parte declarativa del presente laudo.

Dichos puntos controvertidos son los siguientes:

- a. Determinar si procede ordenar a la OEI el pago a DISTUGRAF de S/. 51,650.00.63 (cincuenta y un mil seiscientos cincuenta y 63/100 nuevos soles) equivalente al 5% (cinco por ciento) del total del precio establecido en el CONTRATO. Monto que fuera deducido por la ONPE al momento de cancelación de la última factura del mencionado CONTRATO.
- b. Determinar si procede ordenar a la OEI el pago de los intereses generados por la demora injustificada de los 41 (cuarenta y un) días por parte de la ONPE en la última cancelación de la última factura a favor de DISTUGRAF según la Cláusula Quinta de el CONTRATO.
- c. Determinar a quien y en que proporción corresponde asumir los gastos irrogados en el presente arbitraje.

SEXTO: En relación a los hechos relevantes al presente caso es necesario destacar que la ONPE encargó a la OEI la convocatoria de la negociación Directa N°004-2006-OEI-ONPE para la adquisición, montaje e instalación de una Maquina Imprenta Offset, la cual fue adjudicada a DISTUGRAF con fecha 02 de marzo del 2006.

Que con fecha 8 de marzo del 2006 DISTUGRAF y la OEI suscribieron el CONTRATO, en virtud del cual DISTUGRAF se obligaba a suministrar, montar e instalar una maquina imprenta Offset, bajo los términos de las especificaciones técnicas elaboradas para el proceso denominado Negociación Directa Nro. 004-2006-OEI-ONPE.

SETIMO: De conformidad con lo señalado en el punto controvertido detallado en el numeral 5.a.) del considerando precedente el Arbitro Único debe determinar si procede ordenar a la OEI el pago a DISTUGRAF del monto que fuera deducido por la ONPE al momento de la cancelación de la última factura del CONTRATO, esto es si DISTUGRAF incumplió su obligación del contrato en lo referido a la entrega de los bienes materia de la Negociación Directa, y de ser el caso, determinar la validez o invalidez de la penalidad aplicada por la ONPE.

En este punto el Arbitro Único considera necesario precisar que DISTUGRAF sostiene que en efecto cumplió adecuadamente su obligación de la entrega de los bienes materia del contrato y que la aplicación indebida de la penalidad por parte de la ONPE se debió a una arbitrariedad e ilegalidad al no haberse pronunciado la OEI o la ONPE respecto de la prorroga solicitada, ya que las denegaciones tienen que estar debidamente fundamentadas, además que tal

denegatoria se comunicó fuera del plazo legal, por lo que plantean la invalidez de la penalidad aplicada. Asimismo, sostienen que la penalidad es invalida al no haberse seguido el procedimiento previsto en el CONTRATO.

De acuerdo al CONTRATO, el plazo para la entrega de la maquina era de 45 días calendario contados a partir de la suscripción de el CONTRATO. Esto es que la maquina debía ser entregada el 22 de abril del 2006.

Con fecha 12 de abril del 2006 DISTUGRAF comunicó a la OEI y a la ONPE que por razones de caso fortuito o fuerza mayor (inundaciones en Europa Central) le resultaba imposible cumplir con el plazo de entrega pactado.

El proveedor de DISTUGRAF, la empresa Koenig & Bauer AG, mediante comunicaciones del 6 y 11 de abril del 2006 informó que debido a graves inundaciones en Europa del Este (Alemania y Republica Checa) el ensamblaje – producción de la maquina se había retrasado, por lo que DISTUGRAF solicitó la ampliación del plazo de entrega hasta el 12 de mayo del 2006. Es menester indicar que ha quedado acreditado que la OEI ni la ONPE cumplieron con pronunciarse efectivamente ante DISTUGRAF dentro de los plazos respecto de esta solicitud.

La solicitud de ampliación se sustentó de conformidad con lo previsto en el articulo 42 del Texto Único Ordenado de la ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado (en adelante el TUO), que facultaba a DISTUGRAF solicite una ampliación del plazo pactado por cualquiera de las siguientes causas

- Atrasos y/o paralizaciones ajenas a su voluntad;
- Atrasos en el cumplimiento de sus prestaciones por causas atribuibles a la SUNAT;
- Por caso fortuito o fuerza mayor debidamente comprobado que modifique el calendario contractual.

De los hechos y documentación acreditada se aprecia que DISTUGRAF remitió a la OEI el 12 de Abril del 2006 la comunicación donde le indicaba que no sería posible cumplir con el cronograma original, por lo que solicitaba la ampliación del plazo.

DISTUGRAF sostiene que no obstante estar amparada la solicitud de prorroga en el articulo 42 del TUO, las mismas que anticipaban la posibilidad de prorrogas, la OEI se abstuvo de pronunciarse sobre la solicitud de prórroga, no justificando ni de hecho ni de derecho la abstención dentro del plazo de ley.

En opinión de DISTUGRAF la prórroga era admisible de registrarse circunstancias imprevisibles y por tanto la abstención en cuanto al oportuno pronunciamiento de parte de la OEI automáticamente extendía el plazo solicitado para la prorroga por estar motivada y justificada. De no acreditarse cualquiera de las causales previstas en el articulo 42 del TUO cabía la improcedencia de la solicitud de prorroga planteada por DISTUGRAF.

NOVENO: En virtud a lo anteriormente expuesto, para poder resolver el punto controvertido detallado en el numeral 5.1.) del considerando precedente es necesario analizar, en primer lugar, si en el presente caso se ha dado un supuesto de fuerza mayor que ha impedido que DISTUGRAF cumpla con entregar la maquina impresora Offset en la fecha originalmente pactada, es decir, el 22 de abril del 2006, o si en todo caso se han dado algunos de los supuestos previstos en el artículo 42 del TUO.

Siendo, que las normas especiales aplicables al presente caso son la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado (Ley No. 26850) y su reglamento (Decreto Supremo No. 013-2001-PCM)³, sin embargo las mismas no definen el término “fuerza mayor”.

En virtud de ello, el presente Arbitro Único, al amparo de lo establecido por el artículo IX del Título Preliminar del Código Civil, considera necesario remitirse a las normas del Código Civil, específicamente al artículo 1315 del Código Civil, el cual establece los tres elementos que deben existir para considerar que se está frente a un supuesto de caso fortuito o fuerza mayor, es decir, que el hecho debe ser extraordinario, imprevisible e irresistible.

En tal sentido, la doctrina y la tradición jurídica han definido las características que de conformidad con el artículo 1315 del Código Civil debe tener un hecho para ser considerado como fuerza mayor. En tal sentido, el Dr. Felipe Osterling Parodi⁴ explica en qué consiste cada una de las tres características que debe presentar un hecho para que sea considerado como fuerza mayor; señalando de esta manera que lo extraordinario de un hecho se refiere a que el mismo no es común ni usual, la previsibilidad se refiere a la inexistencia de motivos atendibles que hagan presumir que el hecho iba a suceder; y la irresistibilidad se refiere más bien a la imposibilidad del cumplimiento de la obligación ello debido al hecho que configura el supuesto de fuerza mayor.

El Doctor Osterling Parodi agrega que un acontecimiento extraordinario es todo aquel que sale fuera de lo común, que no es usual. La previsión debe considerarse al tiempo de contraer la obligación, a diferencia de la resistibilidad que se presenta al momento de cumplirla.

Habiendo definido las características con las que debe contar un hecho para que el mismo configure un supuesto de fuerza mayor, el Arbitro Único pasa a analizar si en la ejecución del CONTRATO se presentó o no dicho supuesto.

Para dichos efectos, se debe considerar lo siguiente:

9.1 Que de acuerdo a la documentación que obra en autos está acreditado que el CONTRATO fue firmado el 08 de Marzo del 2006 y entró en vigencia a partir de la fecha de notificación a DISTUGRAF de la buena pro, es decir, el 03 de marzo de 2006 conforme a la cláusula novena de el CONTRATO.

³ Ello de conformidad con lo señalado en la cláusula Primera del CONTRATO – “ Negociación Directa Nro. 004 2006 OEI ONPE”

⁴ Osterling Parodi, Felipe; “Las Obligaciones”, Biblioteca para Leer el Código Civil, Volumen VI, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1995, 199 y ss.

9.2 Que este Arbitro Único tiene claro que la obligación de suministro, montaje e instalación de la Maquina impresora se origina con la suscripción del CONTRATO. Que DISTUGRAF en la Propuesta Técnica se comprometió a entregar los bienes en un plazo de 45 días calendario a partir del día siguiente de la suscripción del contrato. Al respecto cabe precisar que si bien el CONTRATO entra en vigencia a partir de la notificación a DISTUGRAF de la buena pro (03 de marzo) conforme lo dispuesto en la cláusula novena, ello no implica que el plazo para la entrega también inicie en dicha fecha pues la propuesta técnica, que forma parte integrante de el CONTRATO, establece la disposición específica que regula el plazo de entrega que es 45 días calendario luego de la suscripción de el CONTRATO. Por lo tanto, la entrega debía realizarse a más tardar el 22 de Abril del 2006.

9.3 Que con relación a las normas aplicables cabe tener presente lo estipulado en el cuarto párrafo del artículo 42 del TUO, en virtud del cual el Contratista puede solicitar la ampliación del plazo pactado por atrasos y/o paralizaciones ajenas a su voluntad, atrasos en el cumplimiento de sus prestaciones por causas atribuibles a la entidad contratante y por caso fortuito o fuerza mayor debidamente comprobados que modifiquen el calendario contractual. Las discrepancias respecto de la procedencia de la ampliación del plazo se resuelven de conformidad con el procedimiento establecido en el inc. b) del artículo 41 del TUO.

9.4 También resultan de aplicación los artículos 1314, 1315 y 1316 del Código Civil texto normativo de aplicación supletoria. Sobre este particular el artículo 1314 establece que aquel que actúa con la diligencia ordinaria requerida, no es imputable por la inejecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso.

El artículo 1315 conceptualiza el caso fortuito o fuerza mayor como aquella causa no imputable, consistente en un evento extraordinario, imprevisible e irresistible que impide la ejecución de la obligación o determina su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso. El artículo 1316 establece que la obligación se extingue si la prestación no se ejecuta por causa no imputable al deudor, y agrega que si dicha causa es temporal, el deudor no es responsable por la demora mientras ella perdure.

9.5 El Arbitro Único entiende que todos los postores al momento de presentarse a un proceso de selección tienen conocimiento de las obligaciones que el mismo supone, así como al cronograma de ejecución al cual se comprometen.

9.6 Que DISTUGRAF no podía prever al momento de formular su oferta los fuertes temporales que azotaron Europa Central, por lo que dicha situación, en opinión del Arbitro Único configuró una situación de caso fortuito a decir del Dr. Felipe Osterling. Esto es nos encontramos ante un evento extraordinario, imprevisible e irresistible, que impidió transitoriamente la ejecución de la obligación. Estos principios se encuentran consagrados en el artículo 1315 del Código Civil.

9.7 También resulta de aplicación el principio contenido en el artículo 1314 del Código Civil el cual establece que quien actúa con la diligencia ordinaria requerida, no es imputable por la inejecución tardía, principio que coincide con el precepto establecido en el artículo 222 del Decreto Supremo Nro. 084 – 2004-PCM el cual consagra que en caso de retraso injustificado en el cumplimiento de sus obligaciones de la Contratista la entidad aplicará penalidades por cada día de atraso. Es decir, la aplicación de las penalidades solo proceden en el caso de retraso injustificados que sean imputables al contratista, ciertamente este no es el caso.

DECIMO: Este Arbitro Único entiende que no ha habido actos de DISTUGRAF que pudieran haber contribuido a la generación de los hechos que motivaron el atraso. En consecuencia el Arbitro Único estima que DISTUGRAF actuó con la diligencia debida al comunicar oportunamente a la OEI de los hechos que motivaron la solicitud de la ampliación del plazo de entrega. De la apreciación de los hechos se concluye que hubo total ausencia de conducta vinculada del contratista con el hecho del atraso, por lo que se daba la causal para que DISTUGRAF pudiera plantear la solicitud de ampliación. Respecto de la diligencia de DISTUGRAF en relación a la ejecución de la prestación a su cargo, ha quedado demostrado en autos que llevaron acabo las acciones destinadas al desarrollo de la ejecución contractual. En efecto, al tomar conocimiento de las comunicaciones del 6 y 11 de Abril del 2006 procedieron a solicitar la ampliación del plazo en función de la información que se les había proporcionado el 12 de Abril del 2006.

Surge en esta etapa del análisis del caso dos hechos que ameritan una cuidadosa evaluación par parte de este Arbitro Único respecto de la solicitud de ampliación del plazo del 12 de Abril del 2006 para la entrega de la maquina impresora presentada por DISTUGRAF y de la inexistente respuesta a la misma por parte de la OEI. Esto es, si la solicitud de DISTUGRAF se encontraba debidamente sustentada de acuerdo al artículo 42 del TUO y si la carta emitida por la ONPE declarando improcedente la ampliación del plazo se encontraba debidamente motivada por cuanto al constituir un acto administrativo debía cumplir con los requisitos también previstos por el artículo 3 de la Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley 27444.

DECIMO PRIMERO: En relación a si la solicitud de ampliación se encontraba debidamente fundamentada a tenor de lo dispuesto en el artículo 42 del TUO los cuales en forma sucinta establecen que la empresa podrá solicitar la ampliación del plazo pactado por cualquiera de las siguientes causas: indicando entre otras “los atrasos y/o paralizaciones por caso fortuito o fuerza mayor debidamente comprobadas que modifiquen el compromiso contractual.” Para tal efecto, a tenor de lo dispuesto por el artículo 232 del reglamento de la Ley de contrataciones y Adquisiciones del Estado, deberá presentar una solicitud escrita dentro de los 7 días de hábiles de finalizado el hecho generador del atraso o la paralización.

De la documentación que obra en autos aparece la comunicación que DISTUGRAF remitió a la OEI y la ONPE el 12 de Abril del 2006 donde solicitan la prorroga hasta el 12 de Mayo del 2006. Asimismo, se aprecian las razones

de la solicitud de la ampliación del plazo como consecuencia de las lluvias y temporales ocurridos en Europa Central, en dicha solicitud se detallan las razones por las cuales no es posible atender el plazo de entrega original por parte del fabricante. A mayor abundamiento se adjunta la comunicación de Koenig & Bauer AG. En opinión de este Arbitro Único si bien la referida solicitud no hacia referencia al sustento legal de la ampliación, la solicitud se formula por escrito y se encontraba justificada, no solo en si misma y en relación a los hechos antes mencionados, sino también como consecuencia de los principios que gobiernan o debieran gobernar los procesos de adquisiciones y contrataciones del estado y al derecho administrativo en general como son solo por enumerar:

- el principio de veracidad por el cual se presume que los documentos y declaraciones formuladas por los administrados en la forma prescrita por la ley responden a la verdad de los hechos que ellos afirman.
- el principio de informalismo las normas de procedimiento deben ser interpretadas en forma favorable a la admisión y decisión final de las pretensiones de los administrados, de modo que sus derechos e intereses no sean afectados por la exigencia de aspectos formales que puedan ser subsanados dentro del procedimiento.
- el principio del debido proceso que supone que los administrados gocen de todos los derechos y garantías al debido procedimiento administrativo que comprende el derecho a ser escuchado, a exponer sus argumentos, producir pruebas y a obtener una decisión motivada y fundada en derecho.

En opinión del Arbitro Único la OEI debió aplicar estos principios en su conducta procesal y contractual sin necesidad de que el administrado, la ONPE o un tercero así se lo indique.

Así tenemos que tanto la OEI como la ONPE no pueden eximirse de conocer que DISTUGRAF no era el fabricante de la maquina impresora sino su distribuidor y que ejercía una representación comercial dentro o para el territorio de la Republica del Perú.

Ello simplemente desde el momento que la Propuesta Técnica había sido adjuntada en el sobre técnico correspondiente conforme se exigía en las bases, la misma que a su vez forma parte integrante de el CONTRATO y figura entre sus Anexos. En consecuencia, la OEI y la ONPE estaban en posición de conocer que estas maquinas impresoras no se producen localmente sino que la procedencia de la misma es República Checa según se aprecia en las especificaciones técnicas presentadas por DISTUGRAF. Otro dato que en virtud de elementos de razonabilidad básicos debió apreciar la parte demandada es el hecho que el fabricante de los equipos no era parte del contrato. Este Arbitro Único cree que la administración pública debe actuar en base a una adecuada y correcta apreciación de los hechos que se producen durante la ejecución del contrato. Los hechos naturales que azotaron Europa fueron de publico conocimiento, por lo que correspondía a DISTUGRAF adjuntar como sustento las comunicaciones del proveedor, más no tenía que acreditar la existencia del mal tiempo y los temporales que azotaron Europa en aquellas fechas, lo cual era fácilmente comprobable por parte de la entidad

contratante. Pretender que un contratista acredite un hecho natural que se refleja en las noticias resulta desproporcionado a la lógica y al sentido común en opinión de este Arbitro Único.

Por las indicadas razones el Arbitro Único concluye que la solicitud se encontraba debidamente fundamentada.

DECIMO SEGUNDO: Respecto del pronunciamiento de la ONPE y OEI estos fueron puestos en conocimiento de DISTGRAF vencido con exceso el plazo de 7 días previstos en el artículo 232 del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado. En efecto, luego de aplicada la penalidad es que la OEI comunico la denegatoria de la solicitud de la ampliación que en su oportunidad formulara la ONPE.

Siendo esto así y teniendo en consideración que el punto controvertido materia de análisis esta referido a la invalidez o validez de la penalidad aplicada, la cual se basa en si la solicitud de ampliación de plazo fue debidamente planteada y si la respuesta a la misma se ajusta a ley o es nula o ineficaz como lo plantea DISTUGRAF, este Arbitro Único debe abocarse a pronunciarse sobre este punto.

DECIMO TERCERO: A tenor de los argumentos extensamente comentados en los considerandos Noveno, Décimo, Décimo Primero, Décimo Segundo, el Arbitro Único ha concluido que existió causal para que DISTUGRAF pudiera plantear la ampliación del plazo para la entrega de la maquina impresora Offset en consideración que se daban los supuestos previstos en el artículo 42 del TUO, al existir un hecho fortuito como origen del atraso. Asimismo de los argumentos planteados por las partes y de la documentación que aparece en el expediente se concluye que el oficio declarando improcedente la solicitud de ampliación fue comunicado extemporáneamente a DISTUGRAF.

De la apreciación y valoración de la documentación acompañada como prueba se aprecia que sí se cumplieron los presupuestos para que la OEI concediera la ampliación del plazo solicitado en los términos de la solicitud planteada por DISTUGRAF, en consecuencia la OEI debió extender el plazo de entrega hasta el 12 de Mayo del 2006, tal como fue solicitado. En efecto, la causal prevista en artículo 42 del TUO se dio y fue oportunamente comunicada por DISTUGRAF a la OEI.

Es de resaltar que la ampliación del plazo opera de pleno derecho a tenor de lo dispuesto por el artículo 232 del Reglamento de la Ley de Adquisiciones y Contrataciones del Estado, al establecer que de no haber pronunciamiento expreso, se tendrá por aprobada la solicitud del contratista.⁵

⁵ Artículo 232 Procede la ampliación del plazo en los siguientes casos:

...4) Por caso fortuito o fuerza mayor

El Contratista deberá solicitar la ampliación dentro de los siete días hábiles ... de finalizado el hecho generador del atraso....

La entidad resolverá sobre dicha solicitud en idéntico plazo, computado desde su presentación. De no existir pronunciamiento expreso, se tendrá por aprobada la solicitud del Contratista, bajo responsabilidad del Titular o la máxima autoridad de la entidad, según corresponda.

Cabe precisar que la relación contractual esta conformada por DISTUGRAF y la OEI, en consecuencia, el obligado a responder la solicitud de prorroga de DISTUGRAF era la OEI, no eximiéndole de responsabilidad el hecho que la ONPE comunicase su evaluación de la solicitud de prorroga; es decir, para que la denegatoria de la solicitud de prorroga tenga efectos, esta debe ser debidamente comunicada a la contratista.

Asimismo, no se ha acreditado en autos por parte de la OEI haber comunicado o dado respuesta a DISTUGRAF dentro de los plazos establecidos a la solicitud de ampliación de plazo. Es por ello que al no haber existido respuesta el plazo de entrega automáticamente quedo ampliado hasta el 12 de mayo del 2006.

DECIMO CUARTO: Habiendo establecido al procedencia de la ampliación del plazo solicitada procede verificar si DISTUGRAF cumplió con entregar dentro del nuevo plazo la maquina impresora Offset y en función de ello determinar la validez de las penalidad por el incumplimiento en la entrega de los bienes.

En relación a este punto el CONTRATO en su cláusula décimo cuarta prevé que la ONPE aplicará en caso de retraso injustificado en las prestaciones objeto del contrato una penalidad por cada día de atraso hasta un máximo equivalente al 5% del monto contractual.

La cláusula agrega que las penalidades serán descontadas del pago a cuenta o del pago final o en la liquidación final y/o con cargo a las garantías estipuladas en la cláusula décima, previa comunicación de la sanción.

Sobre este particular el Arbitro Único es de opinión que la penalidad implica la aplicación de una sanción por la existencia de mora en la ejecución de la prestación, situación que en el presente caso no se dio, en tanto no hubo retraso injustificado y debió haberse concedido la ampliación tal como se ha señalado en el considerando Décimo Tercero precedente.

De otro lado esta acreditado en autos la entrega de la maquina impresora según consta de la Guía de Remisión de fecha 9 de mayo del 2006, con el correspondiente sello de la ONPE, esto es con anterioridad al 12 de Mayo del 2006 fecha prevista en la solicitud de la ampliación de plazo.

Asimismo, de la información y de los hechos se puede apreciar que la OEI/ONPE tampoco cumplieron con el procedimiento establecido en la cláusula décimo cuarta del CONTRATO, al haberse aplicado la sanción sin la previa comunicación por parte de la OEI a DISTUGRAF; por ello, al margen de si hubo o no demora la penalidad aplicada, deviene en invalida al no haberse cumplido los requisitos previstos en el CONTRATO para su aplicación.

En consecuencia el Arbitro Único es de opinión que la aplicación de la penalidad no procede. Por ello, el arbitro Único es de opinión que al haberse declarado fundada la Primera Pretensión Principal se paguen los intereses legales que se vienen generando por la falta de pago de los S/. 51,650.63 nuevos soles, que fueran deducidos del pago final.

DECIMO QUINTO: De conformidad con lo señalado en el Punto controvertido detallado en el numeral 5.b) del Considerando Quinto, el Arbitro Único debe determinar si procede ordenar a la OEI **el pago de los intereses** generados por la demora injustificada de los 41 (cuarenta y un) días por parte de la ONPE en la cancelación de la última factura a favor de DISTUGRAF según la cláusula Quinta de el CONTRATO. Sobre este particular el Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado establece en su artículo 238 que la entidad, en este caso la OEI, efectuará el pago correspondiente en la oportunidad establecida en las Bases o en el contrato. Para tal efecto el responsable debe dar la conformidad de recepción de bienes o servicios dentro de los diez (10) ser estos recibidos, a fin de permitir que el pago se realice dentro de los diez (10) días siguientes. En caso de retraso en el pago, el contratista tendrá derecho al pago de intereses conforme a las bases, el contrato o en su defecto a lo previsto en el Código Civil para los intereses legales.

Respecto de la base legal que sustenta el pago de los intereses por incumplimiento en el pago o pago tardío este se sustenta en el artículo 49 del TUO⁶ por lo que corresponde es analizar si efectivamente se cumplieron los plazos pactados en el contrato respecto de los pagos y los procedimientos para hacerlos efectivos.

El CONTRATO sobre este aspecto, se limita a establecer en la cláusula quinta referida a pagos que estos se efectuaran de la siguiente manera: 70% en calidad de adelanto contra la presentación de la carta fianza bancaria y el saldo del 30 % final a la culminación de su prestación, previa conformidad emitida por la Gerencia de Administracion y Finanzas y orden de pago emitida por la ONPE.

Como se puede apreciar al no contener estipulaciones específicas en cuanto a plazos y forma resulta de aplicación supletoria plenamente lo dispuesto en el artículo 238⁷ del Reglamento, siendo esto así, la OEI debió cumplir con los plazos previstos en la norma al estar obligada a los mismos. De los autos se aprecia que la maquina impresora fue entregada el 09 de mayo del 2006, sin embargo el pago se efectuó recién el 20 de Junio del 2006, luego de 41 días, sin embargo la norma prevé un plazo de procesamiento de 20 días los cuales deben ser descontados del computo, lo cual permite concluir que hubo en efecto una demora de 21 días en el pago del saldo del precio el cual debe estar sujeto al reconocimiento de intereses legales.

cumplimiento tardío de las prestaciones a su cargo por lo que a tenor del articulo 49 del TUO debe reconocer intereses conforme a lo establecido por el Código Civil.

⁶ Artículo 49 del TUO .- Reconocimiento de intereses.- En caso de incumplimiento del pago por parte de la Entidad , salvo que el atraso se deba a caso fortuito o fuerza mayor, ésta reconocerá el pago de intereses conforme a lo establecido por el Código Civil.

Igual derecho corresponde a la Entidad en el caso que ésta sea la acreedora.

⁷ Artículo 4 de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, Especialidad de la Norma: La presente ley y su reglamento prevalecen sobre las normas generales de procedimientos administrativos y sobre aquellas de derecho común que le sean aplicables.

El monto sobre el cual se deben calcular los intereses legales es el saldo del precio menos la detacción del impuesto general a las ventas.

DECIMO SEPTIMO: De conformidad con lo señalado en el Punto controvertido detallado en el numeral 5.c) del Considerando Quinto el Arbitro Único debe determinar a quien corresponde asumir los gastos incurridos en el presente arbitraje. El Arbitro Único es de opinión que los costos del procesos arbitral deberán ser asumidos por OEI al encontrar que existe responsabilidad directa en la gestión y administración del CONTRATO, debiendo eso si cada parte asumir los honorarios de sus abogados.

Sustenta el Arbitro Único esta decisión que, del desarrollo de la litis, se aprecia que en la ejecución del CONTRATO DISTUGRAF actuó con la diligencia debida por las circunstancias no generando razones para la aplicación de penalidades, el cual es, en opinión del Arbitro Único, el resultado de un inadecuado manejo contractual de la parte demandada.

Finalmente, el Arbitro Único desea manifestar que ambas partes han contribuido con su conducta a un desarrollo adecuado del proceso arbitral, dándole las facilidades a este Árbitro Único para el desarrollo de su labor.

En virtud a lo anteriormente señalado, el Arbitro Único considera que los costos deben ser asumidos por cada parte y las costas deben ser asumidas por la OEI.

DECIMO OCTAVO: El Arbitro Único desea asimismo pronunciarse sobre algunos de los argumentos planteados por la OEI respecto de las pretensiones formuladas por DISTUGRAF, al considerar que no es aceptable sostener que la OEI no es responsable de las deducciones efectuadas por al ONPE. Consideramos que quien es parte en el CONTRATO es la OEI y de existir un beneficiario de las prestaciones de la Contratistas en virtud del mismo este es la ONPE. Lo cierto que frente al Contratista la entidad responsable es la OEI quien fue quien suscribió el CONTRATO. El hecho que en el CONTRATO se facultase a la ONPE a aplicar en determinados supuestos las penalidades, no enerva la responsabilidad de la OEI frente a DISTUGRAF por el cabal cumplimiento de las prestaciones acordadas en el CONTRATO.

También es importante pronunciarse sobre un argumento esgrimido tanto por la OEI como por la ONPE el cual se sostiene que al no haberse consignado en el CONTRATO la posibilidad de una prorroga, no cabía la aplicación supletoria del artículo 42 del TUO. Este Arbitro Único considera que el hecho de que no exista una cláusula en el contrato que permita la prorroga del mismo en modo alguno enerva la aplicación de la legislación pertinente en el caso de producirse un hecho fortuito o un caso de fuerza mayor que determine una alteración al cronograma de ejecución del CONTRATO, es precisamente para este supuesto que se ha previsto la aplicación supletoria del TUO, su Reglamento y el normatividad pertinente del Código Civil, es por ello que no resulta aceptable el argumento que para modificar el cronograma de ejecución se requería un acuerdo escrito, en este caso, en virtud de la aplicación supletoria de la ley y ante el silencio de la OEI y del ONPE procedía la ampliación solicitada por

DISTUGRAF, deviniendo luego en improcedente la aplicación de las penalidades con las graves consecuencias que ello acarrea.

Del mismo modo, el Árbitro Único considera relevante pronunciarse sobre los argumentos planteados por la ONPE en sus escritos de absolución del traslado de la demanda y alegatos en relación a la naturaleza de la prestación objeto del presente CONTRATO. El presente CONTRATO es uno de compraventa con entrega diferida, por lo cual configura una obligación de dar a cargo de DISTUGRAF en calidad de deudor en beneficio de la OEI en calidad de acreedor. En ese sentido, la obligación de DISTUGRAF es entregar el bien en el lugar pactado dentro del plazo estipulado por el CONTRATO independientemente de los medios que se valga para dicho fin, sin suponer algún tipo de limitación como la alegada por la ONPE al indicar que se desprende de la celebración de el CONTRATO que DISTUGRAF debía tener la propiedad del bien al momento de celebrar el CONTRATO a fin de cumplir su prestación.

A continuación el Arbitro Único también debe pronunciarse sobre el argumento planteado por la ONPE a través del cual indica que, dado que la solicitud de prorroga fue presentada a cinco días de vencerse el plazo, el bien aún no existía como unidad y en consecuencia DISTUGRAF se encontraba en situación de incumplimiento independientemente de los hechos de caso fortuito o fuerza mayor. Al respecto, volvemos a nuestro planteamiento sobre la naturaleza de la obligación de dar, por la cual, es única obligación de la demandante cumplir con la prestación en la fecha y lugar pactados, no concierne ni a la OEI, la ONPE o este Arbitro Único especular sobre la pre-existencia del bien o la situación fáctica que afrontaba la deudora para cumplir con su obligación; únicamente concierne a nuestro criterio la situación jurídica de la deudora, es decir, que se encontrara dentro de las condiciones planteadas en el CONTRATO (tiempo y lugar). Al respecto, como se ha desarrollado anteriormente, ante este Arbitro Único se ha acreditado que efectivamente se produjo una situación de caso fortuito o fuerza mayor en los términos que plantea el artículo 42 de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado facultando a la demandante a la solicitar los efectos de dicho dispositivo legal.

DECIMO NOVENO: Se precisa que los demás actuados que no han sido glosados, no modifican las consideraciones anteriormente expuestas, por lo que estando a los considerandos precedentes y habiéndose cumplido con todas las etapas del proceso y siendo el estado del mismo el de resolver la controversia planteada en autos, el presente Arbitro Único pasa a pronunciarse sobre la misma según lo siguiente:

LAUDO:

1. DECLARAR FUNDADA la Primera Pretensión Principal referida al pago a favor de DISTUGRAF por parte de la OEI de S/. 51,650..63 (cincuenta y un mil seiscientos cincuenta y 63/100 nuevos soles) equivalente al 5%

(cinco por ciento) del total del precio establecido en el Contrato para la Adquisición, Montaje e Instalación de Maquina Imprenta Offset, monto que fuera deducido por la ONPE al momento de cancelación de la última factura del mencionado CONTRATO.

2. Declarar fundada la pretensión accesoria en el sentido que se la OEI pague a DISTUGRAF los intereses legales devengados a la fecha que se viene generando por la falta de pago de los S/. 51,650.63 nuevos soles.
3. Declarar fundada en parte la Segunda Pretensión Principal referida al pago por parte de la OEI a DISTUGRAF de los intereses generados por la demora injustificada de 21 (veintiún) días por parte de la ONPE en la última cancelación de la última factura a favor de DISTUGRAF.
4. Señalar que las costas del proceso sean asumidas por la OEI y que tanto la OEI como DISTUGRAF asuman sus costos.



Carlos Alayza Bettocchi
Arbitro Único



ANTONIO CORRALES GONZALES
Director de Arbitraje Administrativo