

PROCESO ARBITRAL: N.º 005-2022-ACIR INTERNACIONAL

Ram.
ACIR INTERNACIONAL
7 DIC 2022 10:54 000339

fs. 36

PARTES DEL PROCESO

DEMANDANTE

DEMANDADO

GRAFICA GECER S.A.C.

GOBIERNO REGIONAL DE CUSCO

ÁRBITRO ÚNICO

Mique Napoleón Garcia Orrillo.

SECRETARIA ARBITRAL

Fiorella Ramírez

LAUDO

Chiclayo, 06 de diciembre de 2022

Decisión Arbitral N° 14

1. Antecedentes

1.1. Convenio arbitral

El convenio arbitral está normado en el artículo 45° del D.S. 082-2019-EF TUO de la Ley de Contrataciones del Estado, en virtud al Contrato de N° 020-2021-GR CUSCO/ORAD, de fecha 09 de febrero del 2021(en adelante, el Contrato).

En dicha norma y contrato las partes acuerdan expresamente que cualquier controversia que surja en la ejecución de dicho Contrato será resuelta mediante arbitraje.

1.2. Sede del Tribunal Arbitral

Las instalaciones del Centro de Arbitraje y Resolución de Disputas ACIR Internacional, (en adelante, el Centro) ubicadas en Calle La Florida N° 715- Urb. San Eduardo, Chiclayo.

1.3. Hechos del caso

En el presente acápite se describen los hechos del caso que van desde los antecedentes del contrato materia de litigio, pasando por la celebración y ejecución del mismo hasta las controversias originadas a partir de tales fases. Estos hechos han sido elaborados teniendo en cuenta los documentos presentados por las partes, así como lo alegado por ellas a lo largo del proceso; siendo que por ello su inclusión en esta sección no significa el reconocimiento de la veracidad de los hechos reseñados.

a. Con fecha 09 días del mes de febrero del año 2021, se suscribe el contrato.



994791525
984495835



Calle La Florida
N° 715 Urb. San Eduardo



arbitraje@acir-internacional.com

1.4. Hechos del presente arbitraje

En el presente acápite se describen los hechos del arbitraje, los mismos que van desde la solicitud de arbitraje, pasando por la presentación de los escritos más relevantes, así como las audiencias más importantes, concluyendo con la emisión del presente Laudo.

- a) Con fecha 10 de marzo del 2022, el Contratista solicita el inicio de las actuaciones arbitrales.
- b) Con fecha 24 de marzo del 2022, la secretaria Arbitral notifico al Árbitro titular elegido, la designación.
- c) Mediante Carta de aceptación de fecha 24 de marzo del 2022, el Árbitro acepto la designación al cargo.

2. Marco normativo

- a. De conformidad a la segunda disposición complementaria transitoria de la Ley de Contrataciones del Estado, “[l]os procedimientos de selección iniciados antes de la entrada en vigencia de la presente norma se rigen por las normas vigentes al momento de su convocatoria.”
- b. Considerando que la fecha de convocatoria (que da origen al Contrato) es el marco normativo aplicable al presente caso es el siguiente:
 - Ley de Contrataciones del Estado, cuyo Texto Único Ordenado fue aprobado mediante Decreto Supremo N° 082-2019-EF (en adelante, la Ley); y
 - Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado por Decreto Supremo N° 344-2018-EF (en adelante, el Reglamento).



c. Asimismo, el Tribunal tendrá en cuenta el criterio de prelación en la aplicación de los dispositivos normativos, señalado en el numeral 45.10 del artículo 45 de la Ley.

3. Análisis de los puntos controvertidos

De manera previa al análisis de cada punto controvertido se dará cuenta de un resumen de la posición manifestada por cada una de las partes en las distintas actuaciones llevadas a cabo y que fueron declaradas procedentes por este Tribunal. No obstante, ello, se debe tener en consideración que se ha procedido a la revisión de todos los actos realizados en el trámite del arbitraje, así como de los medios de prueba ofrecidos, admitidos y actuados.

La valoración probatoria se ha realizado considerando los principios probatorios aplicables, así como las facultades con las que cuenta el Tribunal, de conformidad al artículo 43 del Decreto Legislativo N° 1071, decreto legislativo que norma el arbitraje (en adelante, la Ley de Arbitraje).

La motivación realizada en el presente laudo reflejará los aspectos importantes y necesarios extraídos a partir de la información aportada por las partes, a los efectos de permitir construir el supuesto o supuestos normativos, para luego asignar la consecuencia o consecuencias jurídicas dispuestas en la normativa aplicable.

Así mediante Resolución N° 08, de fecha 08 de junio del 2022, se fijaron los siguientes puntos controvertidos.

Primer Punto Controvertido:

Determinar si corresponde o no que el Árbitro único deje sin efecto la resolución de contrato notificada el día 26 de noviembre de 2021, mediante Carta Notarial 066-2021-GR CUSCO/GRAD y la Resolución Gerencial Regional N° 181-2021-GR CUSCO /GRAD, como consecuencia que se ordene la continuación de la ejecución del contrato.

Segundo Punto Controvertido:

Determinar si corresponde o no que el Árbitro único declare que se ha presentado una causa justificada no atribuible al contratista, por ende, no procede la aplicación de ninguna penalidad.

Tercer Punto Controvertido:

Determinar si corresponde o no que el Árbitro Único ordene el pago de los gastos financieros que por las renovaciones de cinco cartas fianzas de fiel cumplimiento.

Cuarto Punto Controvertido:

Determinar a qué parte y en qué proporción corresponde asumir el pago de los costos del proceso arbitral.

4. DESARROLLO DE LOS PUNTOS CONTROVERTIDOS.

Primer Punto Controvertido:

Determinar si corresponde o no que el Árbitro único deje sin efecto la resolución de contrato notificada el día 26 de noviembre de 2021, mediante Carta Notarial 066-2021-GR CUSCO/GRAD y la Resolución Gerencial Regional N° 181-2021-GR CUSCO /GRAD, como consecuencia que se ordene la continuación de la ejecución del contrato.

Segundo Punto Controvertido:

Determinar si corresponde o no que el Árbitro único declare que se ha presentado una causa justificada no atribuible al contratista, por ende no procede la aplicación de ninguna penalidad.

1. Posición del Contratista

En principio es importante tener en cuenta de manera objetiva y expresa cuál ha sido la CAUSAL O MOTIVO ESPECIFICO que ha ocasionado la resolución de contrato, ya que en materia de Contrataciones del Estado el criterio de "OBJETIVIDAD" es lo que debe primar en todas las etapas de un proceso público, y en virtud de dicha "causal" es que desarrollaremos nuestros argumentos de defensa para demostrar que el "procedimiento de resolución contractual" se encuentra viciado, ya que no se han cumplido con los requisitos del art. 36° de la Ley de Contrataciones, ni existe congruencia o conexidad entre los antecedentes de la ejecución del contrato y la "causal" que sustenta la decisión de resolver el contrato, y otros vicios que sustentamos a continuación.



994791525
984495835



Calle La Florida
N° 715 Urb. San Eduardo



arbitraje@acir-internacional.com

PRIMER VICIO: No se cumplen con los 02 requisitos del art. 36° de la Ley de Contrataciones, necesarios para aplicar cualquiera de las causales específicas del art. 164° del Reglamento de la Ley de Contrataciones.

1.- La Carta Notarial 066-2021-GR CUSCO/GRAD y la Resolución Gerencial Regional Nro. 181-2021-GR CUSCO/GRAD de fecha 26 de NOVIEMBRE del 2021 consignó lo siguiente: "Artículo Primero. - Resolver en forma total el contrato ..., por la causal de acumulación del monto máximo de la penalidad por mora, con arreglo a lo dispuesto en el art. 165° numeral 165.4 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado".

De lo descrito no cabe duda alguna que la causal para resolver el Contrato ha sido el "exceso de penalidad por mora", no sólo por qué así está redactado claramente en el documento, sino porque la base legal que se invoca en la Parte Considerativa hace referencia al literal b) del art. 164° y numeral 4) del art. 165° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

2.- El art. 164° del Reglamento norma lo siguiente: "164.1. La Entidad puede resolver el contrato, de conformidad con el artículo 36 de la Ley, en los casos en que el contratista.....".

Este artículo si bien describe varias "causales" para resolver el Contrato, CADA UNA DE ELLAS tienen su base legal, origen o referencia en el art. 36° de la Ley de Contrataciones del Estado; es decir, que previo a activar la "causal específica" ("exceso de penalidad por mora" o "incumplimiento de las obligaciones" o "paralización o suspensión injustificada de la prestación"), primero debe verificarse que se cumplan con las 02 condiciones generales del art. 36° de la Ley de Contrataciones, y que incluso hace referencia el art. 164° del Reglamento de la Ley.

En ese contexto, previamente a desarrollar y demostrar que la causal específica de "acumulación máxima de penalidad por mora" es inválida e ineficaz, es



994791525
984495835



Calle La Florida
N° 715 Urb. San Eduardo



arbitraje@acir-internacional.com

imperativo revisar el art. 36° de la Ley de Contrataciones, el mismo que señala lo siguiente:

“36.1.- Cualquiera de las partes puede resolver el contrato, por caso fortuito o fuerza mayor que imposibilite de manera definitiva la continuación del contrato, por incumplimiento de sus obligaciones conforme lo establecido en el reglamento, o por hecho sobreviniente al perfeccionamiento del contrato que no sea imputable a alguna de las partes”.

La norma hace mención a dos (2) condiciones objetivas y taxativas que deben cumplirse para que una de las partes pueda resolver el Contrato (al margen de la causal). La norma prevé los requisitos concatenados o concurrentes que deberán considerarse a fin de declarar de manera adecuada una resolución contractual; por lo tanto, dicho acto no puede estar sustentado en simples apreciaciones o criterios personales, sino que debe tener una base jurídica para accionar y ejecutar la resolución contractual, base primigenia que se encuentra establecida por la Ley, y son las siguientes:

- (i) Que exista una imposibilidad definitiva por parte del contratista de continuar con el Contrato, y
- (ii) Que el contratista haya incumplido con sus obligaciones.

Estas dos (2) condiciones generales deben ser cumplidas en TODAS las causales del art. 164° del Reglamento, para lo cual es necesario que cada uno de los requisitos sea cotejado con los hechos de nuestro Contrato; y conforme a los antecedentes ocurridos, ninguna de las dos condiciones se han configurado debido a que obtuvimos la APROBACION DE LAS PRUEBAS DE COLOR el día 15 de JUNIO del 2021 mediante Carta N° 015-2021-GRCUSCO/GRDS-SGIS/AELY y a través de la Carta Rectificatoria N° 016-2021-GR CUSCO/GRDS-SGIS/AELY; por lo tanto, el acto de “APROBACION” empezó a surtir efectos y obligaciones legales a partir del día siguiente, procediendo nuestra empresa a iniciar la impresión de acuerdo al



994791525
984495835



Calle La Florida
N° 715 Urb. San Eduardo



arbitraje@acir-internacional.com

Cronograma de las Bases con la finalidad de entregar los productos en 15 días.

En ese contexto, es IMPOSIBLE que se nos atribuya un supuesto incumplimiento de obligaciones en un escenario en donde obtuvimos la “APROBACION DE LAS PRUEBAS” PARA DAR INICIO A LA IMPRESION, así como tampoco existía una imposibilidad de nuestra parte de continuar con el Contrato, por el contrario, iniciamos la impresión el 16 de JUNIO del 2021 habiendo en un lapso de ocho (8) días – de los 15 días que teníamos – impreso el 80%, y la producción del 20% restante fue paralizado por razones atribuibles a la Entidad demandada debido a sus “observaciones extemporáneas” y requerimientos “fuera de Bases”, así como imputaciones de obligaciones que no nos correspondían, todo ello ocasiono la suspensión de la impresión, ante estos hechos irregulares y sin sustento.

Todo lo explicado demuestra que ninguna de las dos (2) condiciones señaladas en el art. 36° de la Ley se han cumplido en nuestro caso, de tal manera que la resolución de contrato contiene un vicio INSUBSANABLE, porque no tienen como demostrar que no hemos cumplido con nuestras obligaciones, cuando por el contrario, al octavo día de los 15 días que teníamos ya habíamos impreso el 80%, lo que a su vez demuestra que no hemos tenido ninguna imposibilidad técnica para continuar con la impresión del 20% restante.

4.- La exigencia para que el contratista cumpla con su “obligación” debe nacer de la legalidad, de las reglas del proceso de selección, del contrato, no de la arbitrariedad, y mucho menos para “corregir” los errores ortográficos, gramaticales o de texto cometidos en los “Archivos Digitales”, que la institución elaboró y nos entregó para imprimir.

Es decir, que no es suficiente con que la Entidad invoque la “causal” que se le ocurra por mero deseo, sino que primero deben haberse configurado las condiciones descritas en el art. 36° de la Ley que comentamos, y a partir de esa

situación es que podrá operar la resolución contractual refiriéndose a una “causal específica”, pero cumpliendo las condiciones generales.

5.- La resolución de un contrato en el marco de la Ley de Contrataciones del Estado debe cumplir con la formalidad respectiva (tanto en forma como en fondo); caso contrario no será válida, y no producirá efectos jurídicos. Si no se cumple con la formalidad, entonces la consecuencia jurídica será la ineficacia de la relación contractual, debiendo quedar sin efecto.

¿Y qué aspecto formal – forma o fondo – no ha cumplido la Entidad al momento de resolvernos el contrato, y que trae como consecuencia la ineficacia del mismo?, pues que ninguna de las dos (2) condiciones o características del art. 36° de la Ley de Contrataciones se han producido en nuestro caso.

NUESTRA EMPRESA NO HA INCUMPLIDO NINGUNA OBLIGACION, Y ESTO SE ADVIERTE FACILMENTE CON LA “APROBACION DE LAS PRUEBAS DE COLOR” Y CON LA IMPRESIÓN DEL 80% DE LOS RECETARIOS, TAL COMO FUE CONSIDERADO EN LAS BASES Y PACTADO EN EL CONTRATO (considerando que las Bases son parte integrante del Contrato de acuerdo al art. 138.1° del Reglamento de la Ley), así como tampoco se ha acreditado la supuesta imposibilidad de nuestra empresa de no poder continuar con la prestación, por el contrario, al octavo día de la aprobación ya contábamos con el 80% impreso, de acuerdo a los Archivos Digitales redactados, aprobados y entregados por la Entidad.

Ambos requisitos legales que se necesitan para resolver el contrato pierden eficacia con los documentos que demuestran que obtuvimos la “APROBACION DE LAS PRUEBAS DE COLOR” tal como está contemplado en el numeral 5.8.2 de las Especificaciones Técnicas y con la impresión del 80% de los recetarios al octavo día de la aprobación, LO QUE SIGNIFICA QUE EXISTÍA CONFORMIDAD PARA IMPRIMIR LOS RECETARIOS, NO HABIENDO NINGUN ACTO PREVIO, POR EL CONTRARIO, LA APROBACION DE LAS

PRUEBAS IMPLICABA PROCEDER CON LA IMPRESIÓN DE MANERA INMEDIATA, LO CUAL HICIMOS; ES DECIR, FUIMOS DILIGENTES EN EL CUMPLIMIENTO DE NUESTRAS OBLIGACIONES.

6.- Sabemos bien que la Entidad demandada argumentará que el supuesto incumplimiento surge de la Carta N° 017-2021-GR CUSCO/GRDS-SGIS/AELY de fecha 23 de JUNIO del 2021 comunicándonos sus observaciones o con Carta N°4-2021-LAY-DELYL de fecha 15 de JULIO del 2021 o con Carta N° 025-2021-GR CUSCO/GRDS-SGIS/AELY de fecha 16 de JULIO del 2021; sin embargo, debemos recordar que la “causal” de resolución no es por “incumplimiento injustificado de obligaciones” o “por no levantar observaciones”, sino por no entregar los productos dentro del plazo contractual y excediéndonos del 10%; por lo tanto, el argumento de “incumplimiento de obligaciones de índole técnico” no sería válido, porque esa no fue la causal de resolución.

Lo cierto es que las Cartas referidas NO GOZAN DE VALIDEZ LEGAL Y NO PUEDEN SURTIR EFECTOS EN NUESTRA CONTRA DE MANERA AUTOMÁTICA Y POR MERO DESEO DE LA ENTIDAD, Y MENOS AUN DESCONOCIENDO DE FORMA DOLOSA UN DERECHO GANADO COMO ES LA “APROBACION” Y QUE DIO INICIO A LA IMPRESIÓN DE LOS RECETARIOS, es por eso que es de vital importancia considerar las dos (2) condiciones del art. 36° de la Ley, porque la Entidad ha debido demostrar que estas se han configurado a la luz de los hechos y pruebas (Aprobación del demandado e impresión del 80%).

8.- Por tal motivo, consideramos que el primer vicio incurrido consiste en que el procedimiento de resolución contractual no cumple con las dos (2) condiciones esenciales de la Ley (art. 36°), y, por ende, es imposible que pueda haberse configurado alguna de las “causales específicas” del art. 164° del Reglamento de la Ley de Contrataciones. ¿Y por qué señalamos que no cumplen?: Porqué la propia Entidad emitió la “Aprobación de las Pruebas de Color” que no es otra



994791525
984495835



Calle La Florida
N° 715 Urb. San Eduardo



arbitraje@acir-internacional.com

cosa que la CONFORMIDAD para continuar con la impresión, y como consecuencia de este acto válido imprimimos el 80% de los bienes.

SEGUNDO VICIO: No existe conexidad o congruencia entre los antecedentes o hechos suscitados y la causal de resolución contractual.

1.- La OPINION N° 083-2021 del OSCE resolvió lo siguiente:

“2.1.4.- Por tanto, se advierte que el incumplimiento injustificado de las obligaciones a cargo del contratista –sean contractuales, legales o reglamentarias- que hubiere generado la notificación de la primera carta notarial, conforme al procedimiento establecido en el numeral 165.1 del artículo 165 del Reglamento, debe encontrarse debidamente motivado por la Entidad, a fin de identificar las prestaciones u obligaciones cuya ejecución debe cumplir el contratista dentro del plazo otorgado; en ese contexto, la segunda carta notarial mediante la cual la Entidad decide la resolución del contrato, debe versar sobre la misma situación de incumplimiento que no fue revertida por el contratista pese a haber sido requerido para ello, tal como establece el literal a) del numeral 164.1 del artículo 164 del Reglamento”.

El Sr. Arbitro podrá apreciar que el criterio jurídico que debe considerarse en una resolución de contrato es la conexidad o congruencia entre lo requerido y lo resuelto; y en nuestro caso, si bien no hubo carta previa de apercibimiento, lo cierto es que no existe congruencia entre la causal de “exceso de penalidad por mora” y los hechos, que no son otra cosa que las “observaciones o cuestionamientos extemporáneos” de la Entidad que han ocasionado la demora en la entrega.

2.- La parte demandada cuando procede a resolver el Contrato lo hace desde una perspectiva de supuesta demora o retraso en la impresión y entrega de los recetarios, actuando como si el plazo contractual y la ejecución del mismo se hubieran desarrollado en circunstancias normales, como si no existiese una paralización ocasionada por ellos mismos, al pretender de forma irregular y



994791525
984495835



Calle La Florida
N° 715 Urb. San Eduardo



arbitraje@acir-internacional.com

extemporánea imponer unas “observaciones” que no surgen de las Bases, así como imputarnos supuestos errores gramaticales y de ortografía como si fuésemos responsables del contenido. Nuestra empresa sólo imprime lo que la Entidad contratante nos entregó mediante los archivos digitales, nuestra parte no es especialista en nutrición, ni en idiomas como el castellano o quechua, ni en ortografía o gramática, ello es responsabilidad y tarea de los especialistas de la institución, nosotros sólo imprimimos lo que nos entregan, no somos asesores lingüísticos.

3.- En ese contexto, el Sr. Arbitro podrá verificar que todos los reclamos que nos hace la Entidad de forma extemporánea y sin sustento técnico, ni jurídico (porque nada de lo reclamado son obligaciones descritas en las Bases) no tienen ninguna conexidad o congruencia con la “causal” de resolución de contrato, y tal como el OSCE lo ha precisado en diferentes criterios, y es que la causal de resolución debe versar sobre la misma situación de supuesto incumplimiento del contratista, caso contrario la resolución **NO ESTARA DEBIDAMENTE MOTIVADA**, siendo dicho acto inválido.

4.- La Opinión del OSCE es muy clara al precisar que una resolución de contrato debe estar motivada, y parte de ese sustento es que exista congruencia o conexidad entre los sucesos o hechos acontecidos versus la causal que sustenta la resolución contractual, siendo este un derecho esencial y básico del contratista, porque de lo contrario primaria la incertidumbre jurídica y el desorden en los procedimientos, pues en este proceso estamos ante una falta de motivación adecuada que invalida la resolución.

TERCER VICIO: La causal de “monto máximo de penalidad por MORA” no cumple con la característica de Ley, y es que debe ser **INJUSTIFICADA Y POR CAUSA ATRIBUIBLE AL CONTRATISTA**.



994791525
984495835



Calle La Florida
N° 715 Urb. San Eduardo



arbitraje@acir-internacional.com

1.- El motivo de la resolución de contrato (mora) no es una figura aislada en la Ley, sino que tiene relación con el art. 162° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado que norma lo siguiente:

“162.1.- En caso de retraso INJUSTIFICADO del contratista en la ejecución de las prestaciones objeto del contrato, la Entidad le aplica automáticamente una penalidad por mora por cada día de atraso

162.5.- Adicionalmente, se considera justificado el retraso y en consecuencia no se aplica penalidad, cuando el contratista acredite, de modo objetivamente sustentado, que el mayor tiempo transcurrido no le resulta imputable”.

Esta norma precisa que aquel contratista que hubiese incumplido con entregar los bienes a tiempo podrá estar exonerado de la penalidad por mora en la medida que exista una justificación; es decir, que incluso aquel contratista que incurre en mora es susceptible de que no se le aplique la penalidad, siempre que cuente con una justificación que demuestre que la demora no ha sido por causa injustificada o atribuible a él.

2.- La norma compartida describe en qué casos no procede la aplicación de una penalidad por mora, y para ello deben haberse configurado dos (2) aspectos: (i) Cuando existe justificación, y (ii) Que el contratista acredite que el mayor tiempo transcurrido no le resulta imputable. En ese escenario, la acumulación del monto máximo de la penalidad por mora (10%) no podría ser una causal de resolución, en la medida que exista una justificación. La causal de “acumulación máxima de penalidad” es aplicable cuando el contratista procede a la entrega del bien o servicio fuera del plazo pactado, y a su vez se excede en el equivalente en días al 10% del precio de contrato; es decir, que esta causal sólo será aplicable a los contratistas que no hubiesen cumplido con suministrar los productos (tanto dentro del plazo contractual y superando los días equivalentes al 10% del precio), pero siempre y cuando que no exista una causa justificada que sea el motivo que haya impedido el cumplimiento de la prestación dentro del plazo, y que ese motivo, no haya sido un acto atribuible al contratista.

3.- Lo señalado también ha sido materia de pronunciamiento por el OSCE a través de la OPINION N° 143–2019 que resolvió lo siguiente:

“2.2.3.- Por otro lado, si bien el artículo 133 del Reglamento dispone que la penalidad por mora se aplica automáticamente, la Entidad, con ocasión de la documentación presentada por el contratista, debe verificar si éste se ha retrasado injustificadamente en la ejecución de las prestaciones objeto del contrato o no, ya que si el retraso fuera justificado no correspondería aplicar la penalidad por mora. Sobre el particular, el último párrafo del artículo 133 del Reglamento dispone que "Se considera justificado el retraso, cuando el contratista acredite, de modo objetivamente sustentado, que el mayor tiempo transcurrido no le resulta imputable. Esta calificación del retraso como justificado no da lugar al pago de gastos generales de ningún tipo". En ese sentido, ante un retraso en la ejecución de las prestaciones le corresponde al contratista acreditar de manera objetiva que el retraso en la ejecución de la prestación obedece a una situación que no le resulta imputable, y la Entidad evaluará si dicha situación configura un retraso justificado, a efectos de no aplicar la penalidad por mora. 2.2.4. Por otro lado, respecto a la solicitud de no aplicación de penalidades por mora, es necesario que el contratista acredite de manera objetiva que el retraso es consecuencia directa de un evento que no le resulta imputable, aspecto que es evaluado por la Entidad, (de acuerdo a sus normas de organización interna), debiendo precisarse que en este último caso la calificación del retraso como justificado –prevista en el último párrafo del artículo 133 del Reglamento– no da lugar al pago de gastos generales de ningún tipo. Ahora bien, debe indicarse que la normativa de contrataciones del Estado no ha previsto un procedimiento, requisitos o plazo para acreditar como justificado un retraso en el marco de la solicitud de no aplicación de penalidades por mora. Sobre el particular, para dicho fin, es necesario que se presente el sustento objetivo que permita demostrar que la demora obedece a una situación no atribuible al contratista frente a su actuar diligente en la ejecución del contrato”.



994791525
984495835



Calle La Florida
N° 715 Urb. San Eduardo



arbitraje@acir-internacional.com

4.- De las normas compartidas consideramos que es fácil concluir que no es posible jurídicamente que se nos atribuya la “causal” del monto máximo de la penalidad por mora, debido a que la falta de entrega se han debido a una CAUSA JUSTIFICADA Y CUYA DEMORA ATRIBUIBLE A LA ENTIDAD, NO AL CONTRATISTA. La Entidad pese a haber emitido la APROBACION procedió en plena impresión a notificarnos supuestas observaciones, que para ese momento eran inoportunas y extemporáneas, porque ya teníamos 08 días de impresión (80% de la producción), de tal forma que la paralización o suspensión en la impresión se debió a la actuación irregular, ilegal y sin sustento del demandado.

CUARTO VICIO: Las cartas con las supuestas “observaciones” son extemporáneas y contienen un requerimiento no consignado en las Bases

1.- Tal vez el pedido irregular más fácil de identificar, y que vicia el procedimiento de resolución contractual, es cuando mediante Carta N° 017- 2021-GR CUSCO/GRDS-SGIS/AELY de fecha 23 de JUNIO del 2021 (08 DÍAS DESPUÉS DE LA APROBACION Y EN PLENA IMPRESIÓN) nos comunican que los Archivos Digitales que nos proporcionaron contienen palabras alteradas, errores ortográficos, gramaticales y de traducción, y que al tratarse de una “Contratación de Edición, Diagramación e Impresión” teníamos que cuidar las reglas gramaticales, ortográficas y de redacción.

Esta afirmación es FALSA, nuestro trabajo era de “DISEÑO” Y NO DE “EDICION”, tal como puede ser fácilmente corroborado en las Bases Integradas, en donde no se consigna en ninguna parte la palabra “EDICION”; por lo tanto, esta comunicación no sólo es ajena a las “reglas del proceso”, sino que además son extemporáneas, y por ende no podría tener ningún efecto legal o jurídico, siendo más bien un acto abusivo, caprichoso, ilegal y arbitrario, que va en desmedro de nuestra empresa, porque para el octavo día (computado desde el día siguiente de la Aprobación) ya habíamos impreso el 80% de los recetarios.



994791525
984495835



Calle La Florida
N° 715 Urb. San Eduardo



arbitraje@acir-internacional.com

Lo señalado es tan cierto que en el Pliego de Absolución de Consultas y Observaciones del proceso de selección se le consultó al Comité de Selección, si los “Archivos Digitales” que serán entregados por el área usuaria (jefe del Proyecto) serían elaborados en Programas de Diseños originales, porque es la única manera de ser impresos en el Sistema Offset, y la respuesta del Comité fue que “EL AREA USUARIA ACLARA QUE LOS ARCHIVOS DIGITALES SERAN ENTREGADOS EN PROGRAMAS DE DISEÑOS ORIGINALES”.

Como podrá apreciarse, nuestra empresa no tenía ninguna injerencia en el contenido o texto de los “Archivos Digitales”, por lo que la Entidad paralizó la impresión en base a requerimientos sin ningún sustento legal.

2.- El Sr. Arbitro podrá verificar en las cartas mencionadas que la demandada nos reclamaba aspectos relacionados al contenido de los “recetarios” (la redacción, errores ortográficos o gramaticales, errores en las palabras redactadas en otros idiomas como el quechua, etc.) como si el objeto del Contrato fue una “asesoría nutricional o lingüística”, de tal forma que estamos ante un reclamo desproporcionado e irreal, ya que nuestra tarea se limitaba a imprimir el contenido de los “Archivos Digitales”, los mismos que la Entidad elaboró en Diseños originales (previa aprobación de las Pruebas de colores); por lo tanto, eran inmodificables por nosotros.

Respecto al texto en sí mismo no teníamos ni una sola obligación o responsabilidad, y menos opinión del contenido de los “Archivos Digitales”, por lo que rechazamos que los errores u omisiones que hubieran cometido los funcionarios pretendan ahora ser disfrazados como “observaciones” o “supuestos incumplimientos” de nuestra parte.

3.- A primera vista se podría concluir que estamos ante una larga lista de supuestos incumplimientos, interpretándose que el contratista no cumplió con sus responsabilidades; sin embargo, el Árbitro podrá verificar que NINGUNA DE ESTAS OBSERVACIONES HAN ESTADO DESCRITAS EN LOS TERMINOS

DE REFERENCIA DE LAS BASES; es decir, que si estuviésemos inmersos en el “Procedimiento de observaciones y absolución” (etapa en la que ya no nos encontramos) ESTE ACTO IGUAL ESTARÍA VICIADO al no respetarse las “reglas del proceso” (Bases Integradas).

Al parecer las “nuevas y extemporáneas observaciones” han surgido del criterio o experiencia personal del funcionario de turno que ha estado a cargo de revisar el archivo digital más no de un cotejo con los Términos de Referencia y/o Especificaciones Técnicas.

2. Posición de la Entidad

Señala que,

2. Que, respecto de la causal para resolver el contrato ha sido el “la acumulación de monto máximo de penalidad por mora”, invocada en la parte considerativa de la resolución cuestionada, la misma que esta ajustada a la Ley de Contrataciones del Estado y su reglamento, pacto señalado en la cláusula décimo tercera del contrato al cual estaban sometidas la Entidad y la empresa demandante, que señala:

“(…) CLAUSULA DECIMO TERCERA: RESOLUCION DE CONTRATO, que establece que; cualquiera puede resolver el contrato, de conformidad con el numeral 32.3. del artículo 32 y el artículo 36 de la Ley de contrataciones del Estado, y el artículo 164 de su reglamento. LA ENTIDAD procederá de acuerdo a lo establecido en el artículo 165 del Reglamento de la Ley de contrataciones con el estado. (...)”.

Que, el artículo 36.1 de la Ley N° 30225 – Ley de Contrataciones del Estado señala que, cualquiera de las partes puede resolver el contrato, para esto, debe ocurrir alguna de las siguientes causales:

- Caso Fortuito o Fuerza Mayor: Algún evento o suceso ajeno a la voluntad de las partes que imposibilite culminar la ejecución del contrato.



- Hecho sobreviniente al perfeccionamiento no imputable a las partes: Pudiera ser la extinción de la empresa contratista, su quiebra, un desajuste presupuestario, etc.
- Incumplimiento de Obligaciones: Las partes no cumplen el contrato debido a irresponsabilidades imputable a estas mismas.

Que, en el caso concreto la resolución de contrato se dio por la acumulación del monto máximo de la penalidad por mora tal cual está establecido en el inciso c) del artículo 16.1 el Reglamento de la Ley de contrataciones, ya que conforme se tiene de los antecedentes; en fecha 09 de febrero del 2021 se firmó el contrato N.º 020-2021- GRCUSCO/ORAD, Adjudicación Simplificada N.º 135-2020-OEC/GR CUSCO, Contratación de Recetarios, "Mejoramiento de los Servicios Integrales de Salud para las Prevención de la Desnutrición Crónica y Anemia en Niños Menores de 05 años y Madres Gestantes en las 13 Provincias del Departamento de Cusco" siendo el plazo de ejecución contractual de 31 días; el cual culminaría el 12 de marzo del 2021. Sin embargo, el contratista solicitó tres ampliaciones de plazo de los cuales los dos primeros fueron aprobados y el tercero denegado, estableciéndose como nuevo plazo de entrega el **25 de mayo del 2021, sin embargo, se tiene que el contratista no cumplió en levantar las observaciones respecto de la aprobación hasta la notificación con la resolución de contrato, hecho atribuible al contratista, generando una penalidad máxima por mora.**

Que, según las especificaciones técnicas contenidas en la Base estándar de adjudicación simplificada para la contratación de bienes, el numeral 5.8.2 Plazo de entrega contemplaba acciones previas a la impresión, las mismas que debían ser cumplidas por el contratista antes de la impresión del bien, las mismas que paso a detallar:

1RA FASE: ACCIONES PREVIAS A LA IMPRESIÓN, las mismas que debían seguirse de manera secuencial:



994791525
984495835



Calle La Florida
Nº 715 Urb. San Eduardo



arbitraje@acir-internacional.com

- i. La recepción de archivos digitales por parte del contratista. Plazo: 01 día calendario computado a partir del día siguiente de la firma de contrato
- ii. La elaboración de plotters por parte del contratista. Plazo: 04 día calendario computado desde la recepción de los archivos digitales.
- iii. La REVISIÓN Y APROBACIÓN DE LOS PLOTTERS por parte del jefe de Proyectos la misma que debía contener los V°B° de imagen institucional y Protocolo del Gobierno Regional, Inspector del proyecto, Sub Gerencia y Gerencia de Desarrollo social del Gobierno Regional de Cusco. Y ser notificada al contratista a través de correo electrónico. Plazo: 02 días calendario computado después de recibir los plotters de la tapa, contratapa e interiores del material. DE EXISTIR OBSERVACIONES A LOS PLOTTERS, el contratista tenía 03 días calendario, computado a partir del día siguiente de recibidos las observaciones. Levantadas las observaciones el jefe del proyecto debía revisar y aprobar los plotters, la aprobación de los plotters debía ser notificada mediante correo electrónico y recién el jefe del proyecto debía solicitar las pruebas de color.
- iv. Solicitada las pruebas de color, el contratista entregara al jefe del proyecto las PRUEBAS DE COLOR, las mismas que para su aprobación, debían dejarse constancia mediante acta. Plazo: Hasta un (01) día calendario computado a partir del día siguiente de solicitado la prueba de color. Y si las pruebas de color eran observadas, el contratista debía levantarlas. Plazo: 02 días calendario contados a partir del día siguiente de recibida la comunicación del jefe del Proyecto mediante correo electrónico.

2DA FASE: DE LA IMPRESIÓN, la misma debía realizarse a partir del día siguiente de notificado la aprobación de la prueba de color.

Sin embargo, el contratista a pesar de no contar con la aprobación de los plotters y de no haber suscrito el acta de aprobación de las pruebas de color, remitió



documentación que aún no correspondía, cuyas acciones devenían en innecesarias toda vez que de acuerdo al contrato y términos de referencia se debía seguir de manera secuencial las obligaciones precisadas en el contrato y solo a la subsanación se podían continuar con la ejecución contractual, en ese sentido concluimos que el contratista no cumplió con la fase de aprobación de los plotters.

En ese sentido, el contratista estaba en la obligación de levantar todas las observaciones hechas por el área usuaria; sin embargo, tal cual se tiene de las cartas remitidas por el área usuaria mediante la cual le exhortaban a cumplir con lo requerido en las bases entre ellos a levantar las observaciones de los plotters, ya que estos debían ser aprobados y contar el visto bueno de imagen institucional y Protocolo del Gobierno Regional, Inspector del proyecto, Sub Gerencia y Gerencia de Desarrollo social del Gobierno Regional de Cusco la misma que debía ser notificada al contratista, y dicha aprobación debía ser notificada a su correo electrónico, incumplimiento que no ha permitido la ejecución de las demás fases o etapas establecida en las especificaciones técnicas.

6. Y, siendo que en fecha 20 de agosto mediante Carta N° 180-2021 GECER solicita aprobación a pruebas de color y reitera su pretensión para que se realice abono para cambio de páginas observadas. Sin embargo, el plazo máximo por mora habría alcanzado el monto máximo en fecha 03 de agosto, por lo que se aplica la penalidad por exceso de mora regulada en el inciso b) del artículo 164.1 del Reglamento de la Ley de Contrataciones D.S. N° 344-2018-EF, ya que el incumplimiento es imputable al contratista, al no haber cumplido con las especificaciones señaladas en las bases de la contratación.

Asimismo, el demandante señala que: “ (...) la exigencia para que el contratista cumpla con su obligación debe nacer de la legalidad, de las reglas del proceso de selección del contrato no de la arbitrariedad y mucho menos para corregir los “errores ortográficos, gramaticales o de texto” contenidos en los “Archivos

digitales” que la institución elaboro y nos entregó para imprimir (...); al respecto, nos remitimos a las especificaciones técnicas establecidas en las bases integradas , al misma que en el numeral 5.2 señala las características del bien,: “(...) Diseñar, diagramación e impresión de 3 tipos de calendario nutricionales para zona urbana, zona sierra rural y zona selva(...)”

Es decir, las especificaciones técnicas claramente describen las acciones que el contratista debía cumplir, entendiéndose por diseño5 “(...) Se trata de la creación y proyección de objetos gráficos: ilustraciones, composiciones, logotipos, imágenes, tipografías, etc., empleados en diversas industrias y medios de comunicación masiva, atendiendo a aspectos estéticos, comunicacionales y simbólicos gráfico, es decir el diseño comprende todos estos aspectos incluido la revisión ortografía; por lo que el contratista no puede señalar que las observaciones de los errores ortográficos se le hayan impuesto arbitrariamente más aun cuando del acta de entrega de los archivos digitales se le señalo que: “(...) Aclarando que se le hace entrega de los archivos digitales, para su respectivo Diseño, Diagramación e impresión (...)”, esto en atención a la Carta N° 045-2021-GECER que en su redacción indicaba: “(...) para recogerlos archivos con los diseños finales (...)”. Al parecer el contratista considera que la única acción que debía realizar era la de impresión, lo cual no es acorde a las especificaciones técnicas de la base.

Además, se debe señalar que en las pruebas de color anteriores a la cuarta prueba de color y plotters las palabras se encontraban sin faltas ortográficas ni errores, es decir tal como el área usuaria había prestado sin embargo en la cuarta prueba se hallaron los errores ortográficos no atribuidos al área usuaria sino al contratista, tal cual se tiene de los anexos.

Asimismo, señala que “(...) No existe conexidad o congruencia entre los antecedentes o hechos suscitados y la causal de resolución contractual (...)”; al respecto la resolución Gerencial Regional N° 181-2021-GR CSUCO/GRAD, mediante el cual se resuelve el contrato entre la entidad y el empresa

demandante, está debidamente sustentada, ya que se señala que el contratista al 29 de setiembre del 2021 tenía 127 días de retraso o mora injustificada, esto en merito a que las observaciones hechas a los Plotters comunicadas al contratista nunca fueron levantadas y no contaban con la aprobación, siendo así el contratista no podía realizar ninguna actividad relativa a la impresión del bien, porque primero estaba en la obligación de levantar las observaciones a los plotters, siendo así la el retraso injustificado en totalmente atribuible al contratista, quien finalmente por su proceder nunca entrego los bienes dentro del plazo señalado y sobrepasando el monto máximo de penalidad por mora.

En conclusión, el contratista minimizo la observación advertida y nunca la levanto la observación a los plotters hecha por el jefe del proyecto, ya que la aprobación de los plotters era un requisito previo para la aprobación de las pruebas de color, por ello las demás acciones desplegadas por el contratista eran innecesarias.

3. Análisis del Tribunal Arbitral

En principio corresponde señalar que, la controversia radica en la resolución del contrato, que por argumentos de la Entidad fue concretada por retraso injustificado, y, a razón del contratista no existe retraso injustificado.

Al respecto la debe indicarse que, una vez perfeccionado el contrato, el contratista se obliga a efectuar las prestaciones pactadas en favor de la Entidad, mientras que esta última se obliga a pagar al contratista la contraprestación pactada. En estos términos, el contrato se entenderá cumplido cuando ambas partes ejecuten satisfactoriamente sus obligaciones.

Conforme a lo señalado, el cumplimiento recíproco y oportuno de las prestaciones pactadas por las partes es la situación esperada en el ámbito de la contratación pública; sin embargo, dicha situación no siempre se verifica durante

la ejecución contractual, pues alguna de las partes podría incumplir parte o la totalidad de sus prestaciones, o verse imposibilitada de cumplirlas.

Ante tal eventualidad, la normativa de contrataciones del Estado ha previsto la posibilidad de resolver el contrato, ya sea por la imposibilidad sobreviniente de ejecutar las obligaciones pactadas o el incumplimiento de estas.

Al respecto, el artículo 36° de la Ley señala lo siguiente:

Artículo 36. Resolución de los contratos

36.1 Cualquiera de las partes puede resolver el contrato, por caso fortuito o fuerza mayor que imposibilite de manera definitiva la continuación del contrato, por incumplimiento de sus obligaciones conforme lo establecido en el reglamento, o por hecho sobreviniente al perfeccionamiento del contrato que no sea imputable a alguna de las partes.

36.2 Cuando se resuelva el contrato por causas imputables a alguna de las partes, se debe resarcir los daños y perjuicios ocasionados. No corresponde el pago de daños y perjuicios en los casos de corrupción de funcionarios o servidores propiciada por parte del contratista, de conformidad a lo establecido en el artículo 11.

Asu vez, el 164° del Reglamento, señala lo siguiente:

Artículo 164. Causales de resolución

164.1. La Entidad puede resolver el contrato, de conformidad con el artículo 36 de la Ley, en los casos en que el contratista:

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

164.2. El contratista puede solicitar la resolución del contrato en los casos en que la Entidad incumpla injustificadamente con el pago y/u otras obligaciones esenciales a su cargo, pese a haber sido requerida conforme al procedimiento establecido en el artículo 165.

164.3. Cualquiera de las partes puede resolver el contrato por caso fortuito, fuerza mayor o por hecho sobreviniente al perfeccionamiento del contrato que no sea imputable a las partes y que imposibilite de manera definitiva la continuación de la ejecución del contrato.

En efecto, obras en autos que, mediante Resolución Gerencial Regional N° 181-2021-GR CUSCO/GRAD, notificada mediante Carta Notarial recibido el 26 de noviembre del 21, la Entidad resuelve el contrato, por acumulación de máxima penalidad, calculada desde el 25 de mayo del 2021, por el monto de S/. 27,333.00 que equivale al 10% del monto total del contrato, conforme a la siguiente imagen.



Que, a través del Informe N° 2708-2021-GR-CUSCO-GRAD/SGASA del 27 de octubre 2021 la Subgerencia de Abastecimiento y Servicios Auxiliares remite el Informe N° 1915-2021-GR-CUSCO/GRAD-SGASA/AGC del 26 de octubre 2021 emitido por el profesional Abogado Responsable de Gestión Contractual, por el que se precisa que de las especificaciones técnica se advierte que, el contratista tenía la obligación de ejecutar sus obligaciones en forma secuencial, empezando por las acciones previas a la impresión, en la cual, existen varias actividades a ejecutar tales como la entrega de los plotters y pruebas de color, y de no existir ninguna observación sobre los mismos, éstos deben contar con la conformidad o aprobación; solo en dicha eventualidad el contratista podrá ingresar y desarrollar las actividades correspondientes a la siguiente secuencia; es decir, a las actividades de impresión del bien, en la cual, también existen diversas actividades a cumplir tales como remitir la versión final de producto por correo electrónico y físico, entregar el cronograma de planificación de las etapas del proceso de producción, entre otras actividades. Y se señala que el área usuaria a través de los documentos que emitió, informó que las observaciones comunicadas al contratista no fueron levantadas por lo que LOS PLOTTERS AUN NO CUENTAN CON LA APROBACIÓN SEGÚN LOS PROCEDIMIENTOS ESTABLECIDOS EN LAS ESPECIFICACIONES TÉCNICAS Y CONTRATO contexto en el que el contratista no podía desarrollar ninguna actividad relativa a la impresión del bien, toda vez que, los plotters y pruebas de color no contaban con la aprobación o conformidad, precisamente por persistir las observaciones, de modo tal que, aun cuando el contratista hubiera ejecutado o realizado algunas actividades pertenecientes al bloque o campo de impresión del bien, estas sencillamente carecen de validez. Se informa además, que el contratista al no haber entregado los bienes dentro del plazo de ejecución de los prestaciones, cuyo fecha límite fue el 25 de mayo 2021, se encuentra incurso en mora o retraso injustificado, habiendo acumulado el 26 de octubre 2021, 127 días de retraso o mora injustificada, cuya circunstancia según las disposiciones de la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento, conllevan a la aplicación de penalidad. Lo que se demuestra en la siguiente fórmula:

$$\text{Penalidad diaria} = \frac{0.10 \times 273.330.00}{0.25 \times 127} = \frac{27.333.00}{31.75} = 860.88$$

$$\text{Penalidad total} = (\text{penalidad diaria} \times \text{días de retraso}) = 860.88 \times 127 = 109.331.76$$

Atendiendo lo dispuesto en el artículo 161° del Reglamento de la Ley de contrataciones del Estado, el máximo de penalidad es el equivalente al 10% del monto total del contrato, por lo que tomando en cuenta que el mismo asciende a S/ 273,333.00, el 10% viene a ser **S/ 27,333.00, cuyo hecho viene a ser una causal para la resolución total del contrato.**

Que, es pertinente mencionar que el artículo 36° del TUO de la Ley N° 30225 Ley de Contrataciones del Estado aprobado por Decreto Supremo N° 082-2019-EF, en su artículo 36° establece: "36.1 Cualquiera de las partes puede resolver el contrato, por caso fortuito o fuerza mayor que imposibilite de manera definitiva la continuación del contrato, por incumplimiento de sus obligaciones conforme lo establecido en el reglamento, o por hecho sobreviniente al perfeccionamiento del contrato que no sea imputable a alguna de las partes";

Que, el artículo 164° del Reglamento de la Ley N° 30225 - Ley de Contrataciones del Estado aprobado por Decreto Supremo N° 344-2018-EF prevé: "164.1 La Entidad puede resolver el contrato, de conformidad con el artículo 36 de la Ley, en los casos en que el contratista: a) Incumpla injustificadamente obligaciones contractuales, legales o reglamentarias a su cargo, pese a haber sido requerido para ello; b) Haya llegado a acumular el monto máximo de penalidad por mora o el monto máximo para otras penalidades, en la ejecución de la prestación a su cargo; o c) Paralice o reduzca injustificadamente la ejecución de la prestación, pese a haber sido requerido para corregir tal situación";

Que, ahora bien el artículo 165° del Reglamento mencionado, establece el procedimiento de resolución de contrato en el numeral 165.1: Si alguna de las partes falta al cumplimiento de sus obligaciones, la parte perjudicada requiere mediante carta notarial que las ejecute en un plazo no mayor a cinco (5) días, bajo apercibimiento de resolver el contrato, 165.2. Dependiendo del monto contractual y de la complejidad, envergadura o sofisticación de la contratación, la Entidad puede establecer plazos mayores, pero en ningún caso mayor a quince (15) días. En

Ahora bien, lo concreto es que el plazo contractual venció el 25 de mayo del 2021, en virtud a que existe dos ampliaciones de plazo, conforme el siguiente cuadro.

994791525
984495835Calle La Florida
N° 715 Urb. San Eduardo

arbitraje@acir-internacional.com



PLAZO INICIAL 31 días (09/02/2021 al 12/03/2021)	1° AMPLIACION 57 días Computados a partir del día siguiente de vencido el plazo inicial. (13/03/2021 al 08/05/2021)	2° AMPLIACION 17 días (09/05/2021 al 25/05/2021)	DIAS TOTALES (plazo vigente)
Del 09/02/2021 al 25/05/2021			105 días calendario

En consecuencia, a partir del 26 de mayo, el Contratista incurría en retraso en la ejecución de la prestación. Al respecto, el artículo 162° del Reglamento señala lo siguiente.

Artículo 162. Penalidad por mora en la ejecución de la prestación 162.1. En caso de retraso injustificado del contratista en la ejecución de las prestaciones objeto del contrato, la Entidad le aplica automáticamente una penalidad por mora por cada día de atraso. La penalidad se aplica automáticamente y se calcula de acuerdo a la siguiente fórmula:

Penalidad diaria = $0.10 \times \text{monto vigente } F \times \text{plazo vigente en días}$

Donde F tiene los siguientes valores:

162.5. El retraso se justifica a través de la solicitud de ampliación de plazo debidamente aprobado. Adicionalmente, se considera justificado el retraso y en consecuencia no se aplica penalidad, cuando el contratista acredite, de modo objetivamente sustentado, que el mayor tiempo transcurrido no le resulta imputable. En ese último caso, la calificación del retraso como justificado por parte de la Entidad no da lugar al pago de gastos generales ni costos directos de ningún tipo.

Al respecto, el primer párrafo del referido artículo establece que "En caso de retraso injustificado en la ejecución de las prestaciones objeto del contrato, la Entidad le aplicará al contratista una penalidad por cada día de atraso" (El subrayado es agregado).

De esta manera, la normativa de contrataciones del Estado ha previsto la aplicación de una penalidad por mora al contratista que, injustificadamente, se retrase en la ejecución de las prestaciones objeto del contrato.



De conformidad con lo anterior, debe señalarse que, si bien artículo 162° del Reglamento dispone que la penalidad por mora se aplique automáticamente, la Entidad debe verificar si el contratista se ha **retrasado injustificadamente** en la ejecución de las prestaciones objeto del contrato o no¹.

Con lo anterior queremos dejar en claro que la aplicación de penalidad no solamente está supeditada al exceso del plazo contractual de ejecución de obra, sino también a que exista retraso injustificado; a su vez este retraso no se aplica automáticamente ante la no presencia de ampliaciones de plazo, pues arbitraria e ilegalmente la Entidad pueden declararlas improcedentes las solicitudes presentadas por el contratista, sino se debe evaluar las razones justificadas o injustificadas del exceso del plazo contractual.

Al respecto, la Opinión N° 012-2021/DTN, señala lo siguiente:

Tal como se indicó en los numerales precedentes, la normativa de contrataciones del Estado establece la aplicación automática de una "penalidad por mora" al contratista que, injustificadamente, se retrasa en la ejecución de las prestaciones objeto del contrato.

En esa medida, se advierte que un elemento importante para determinar la aplicación de penalidades por mora consiste en calificar si dicho retraso resulta o no- imputable al contratista.

Al respecto, el numeral 162.5 del artículo 162 del Reglamento establece lo siguiente: "El retraso se justifica a través de la solicitud de ampliación de plazo debidamente aprobado. Adicionalmente, se considera justificado el retraso y en consecuencia no se aplica penalidad, cuando el contratista acredite, de modo objetivamente sustentado, que el mayor tiempo transcurrido no le resulta imputable. En ese último caso, la calificación del retraso como justificado por parte de la Entidad no da lugar al pago de gastos generales ni costos directos de ningún tipo."

De esta manera, la forma idónea de justificar el retraso es mediante la solicitud de ampliación de plazo presentada en la oportunidad señalada

¹ Opinión N° 005-2014/DTN

en la normativa; en adición a ello, la norma establece que el contratista puede solicitar a la Entidad no aplicar la penalidad por mora al haberse configurado un retraso justificado bajo los términos del numeral 162.5 del artículo 162 del Reglamento, para lo cual deberá acreditar y sustentar de manera objetiva que el retraso en la ejecución del contrato obedece a una situación que no resulta imputable a él; así, a partir de la información proporcionada a la Entidad, ésta evalúa y, consecuentemente, determina si dicho retraso califica como uno “justificado”, a efectos de no aplicar la penalidad por mora. Cabe resaltar que, en este segundo supuesto, solamente se considera justificado el retraso cuando la Entidad así lo ha decidido.

En efecto, obra en autos que la Entidad se tardó en aprobar las pruebas de color, lo cual sucedió recién el 15 de junio del 2021 mediante Carta N° 015-2021-GR CUSCO/GRDS-SGIS/AELY. Al respecto, las bases integradas del proceso, en el numeral 5.8.2, señala lo siguiente:

5.8.2 PLAZO DE ENTREGA:

El plazo para la entrega del bien deberá contemplar:

- **Acciones previas a la impresión**, se contempla un plazo máximo de 16 días calendario, computados a partir del día siguiente de la firma del contrato, plazos que se detallan a continuación:

Descripción de la actividad	Plazo
El contratista deberá recepcionar los archivos digitales en el área usuaria (serán entregados por el jefe del proyecto)	Hasta un (01) día calendario, computado a partir desde el día siguiente de la firma del contrato
El contratista deberá elaborar y remitir al JEFE DEL PROYECTO los plotters de la tapa contratapa y hojas del interior del bien	Hasta cuatro (04) días calendario, computados a partir del día siguiente de la recepción de los archivos digitales del área usuaria
El JEFE DEL PROYECTO revisará y en caso estar conforme, aprobar los plotters, para lo cual solicitará los vistos buenos (VºBº) Imagen Institucional y Protocolo del Gobierno Regional, Inspector del Proyecto, Sub Gerencia y Gerencia de Desarrollo Social del Gobierno Regional del Cusco y proceder a la notificación al contratista a través de correo electrónico.	Hasta dos (02) días calendario, después de recibir los plotters de la tapa, contratapa e interiores del material
De existir observaciones, el CONTRATISTA deberá incorporar los ajustes, observaciones y/o correcciones requeridas, después de lo cual deberá entregar al JEFE DEL PROYECTO	Hasta tres (03) días calendario, computado a partir desde el día siguiente de recepcionados las observaciones
El JEFE DEL PROYECTO revisará y aprobará los plotters.	Hasta dos (02) días calendario, computados a partir del día siguiente de recepcionado los plotters con el levantamiento de observaciones
El JEFE DEL PROYECTO procederá a notificar a EL CONTRATISTA la aprobación de plotters y la solicitud de pruebas de color, mediante correo electrónico	Hasta un (01) día calendario, computado a partir del día siguiente de revisado los plotters con el levantamiento de observaciones



EL CONTRATISTA entregará al JEFE DEL PROYECTO las pruebas de color solicitadas para su aprobación, dejándose constancia mediante Acta	Hasta un (01) día calendario, computado a partir del día siguiente de solicitado la prueba de color.
Si las pruebas de color son observadas, EL CONTRATISTA deberá levantarlas.	Hasta dos (2) días calendario, contados a partir del día siguiente de recibida la comunicación del JEFE DEL PROYECTO mediante correo electrónico.

- **Plazo para realizar la impresión del bien** 15 días calendario, computados a partir del día siguiente de notificado la aprobación de la prueba de color.

El plazo de entrega del bien será como máximo 31 días calendario, contados a partir del día siguiente de la firma del contrato.

El plazo de reposición de los bienes con defectos de fábrica y/o mal estado serán repuestos en el plazo máximo de (5) días calendario.

Ahora bien, a partir del 16 de junio del 2021, el Contratista tenía 15 días calendario para proceder a imprimir el bien, esto es, hasta el 01 de julio del 2021; sin embargo, no obra en autos que haya cumplido con la entrega del material contratado, pues precisamente mediante Carta N° 017-2021-GR CUSCO/GRDS/AELY de fecha 23 de junio del 2021, la Entidad le comunica observaciones, las cuales consistían en:

“La Existencia de palabras alteradas, errores ortográficos, gramaticales y de traducción, y que, al tratarse de una contratación de Edición, Diagramación e Impresión, teníamos que cuidar las reglas gramaticales, ortográficas y de redacción”.

En efecto, posteriormente la Entidad continúa comunicando observaciones de manera reiterada siendo la última comunicación la Carta N° 025-2021GR CUSCO/GRDS-SGIS/AELY, de fecha 16 de julio del 2021.

Ahora bien, obra en autos que el Contratista, mediante Carta Notarial N° 220-2021-GECER de fecha 16 de noviembre del 2021, requiere a la Entidad aprueben la conclusión de las impresiones debido a que habían paralizado la



impresión, por existir duda respecto al 20% restante, puesto que ya estaba impreso el 80% del material.

Que, obra en autos que efectivamente los plotters, contenían errores ortográficos tales como:

RECETARIO ZONA RURAL:

N° HOJA	SITUACION ACTUAL EN PRUEBA DE COLOR	COMO DEBERIA SER
Hojas	Cara anterior en todas las recetas. Mikhunaman churayhuna	Mikhunaman churaykuna. (Tal como fue consignado en las pruebas de color anteriores)
Hoja 05	Cara anterior. Dulce de oca con sangrecita	En Preparación: 5. Agregar la yema de huevo a la preparación. Falta tildes en la letra "o" de preparación.
Hoja 08	Cara posterior. Guiso de trigo con jurel	Error en ingredientes (...) 1/2 cucharada de harina de maíz (...) 1 cucharada de arveja fresca. Falta tildes en la letra "i" de maíz y cambiar la letra "o" por "a" de la palabra fresco a fresca.
Hoja 09	Cara anterior. Quinua con sangrecita sañeada	Error en ingredientes (...) 1/2 cucharada de mani tostado. Falta tildes en la letra "i" de mani.
Hoja 11	Cara posterior. Salado de acelga con corazón de pollo	Error en ingredientes (...) 1/2 cucharada de cebolla picado. Cambiar la letra "o" por "a" de la palabra picado a picada.
Hoja 12	Cara anterior. Arvejas con milanesa de hígado de res y encebollado	Error en ingredientes (...) 1/2 kilo de hígado de res. Falta tildes en la letra "i" de hígado.
Hoja 13	Cara anterior. Olluquito con sangrecita	En Preparación (...) 2. Sancochar la sangrecita y picar finamente. Cambiar la letra "s" por "c" y la palabra "picar" por "picarla".
Hoja 15	Cara anterior. Hojas de laurel, salsa de tomate y una pizca de sal.	Error en ingredientes (...) Hojas de laurel, salsa de tomate y una pizca de sal.

En esa medida, debemos tener en cuenta que, conforme al objeto de la convocatoria, según las bases es el siguiente:

1.2. OBJETO DE LA CONVOCATORIA

El presente procedimiento de selección tiene por objeto la contratación de RECETARIOS PARA LA META 001: "MEJORAMIENTO DE LOS SERVICIOS INTEGRALES DE SALUD PARA LA PREVENCIÓN DE LA DESNUTRICIÓN CRÓNICA Y ANEMIA EN NIÑOS MENORES DE 5 AÑOS Y MADRES GESTANTES EN LAS 13 PROVINCIAS DEL DEPARTAMENTO DEL CUSCO".

DESCRIPCION	UNIDAD	CANTIDAD
REPRODUCCIÓN DE RECETARIOS	UND	50,000.00

Asimismo, las especificaciones técnicas señalan lo siguiente:

5.2 CARACTERÍSTICAS DEL BIEN

REPRODUCCIÓN DE RECETARIOS

- Diseño, diagramación e impresión de 3 tipos de calendarios nutricionales para zona urbana, zona sierra rural y zona selva.
- Modelo: Libreta full color.
- Tamaño A3 (29.7cm X 42cm) CERRADO
- Cantidad de hojas: 16 hojas en total (32 caras). Incluye la portada y contraportada
 - Material de la Portada: En folcote calibre 16 a colores, plástico mate contraplacado (1 hoja con impresión en ambas caras)
 - Material de la Contraportada: En folcote calibre 16 a colores, plástico mate contraplacado (1 hoja con impresión en ambas caras)
- Material de las hojas interiores: Papel couché de 250 gramos (14 hojas con impresión en ambas caras).
- Anillado metálico doble ring resistente.
- Ojal metálico de 5 milímetros para colgar (01 en la Tapa).
- Idiomas: En los idiomas español, quechua y matsigenka respectivamente.
- Cantidad de calendarios nutricionales: 50.000 und. distribuidos de la siguiente manera
 - ✓ 20.000 und. de calendarios para zona urbano
 - ✓ 15.000 und. de calendarios para zona de selva
 - ✓ 15.000 und. de calendarios de zona sierra rural

En efecto, nótese que en ningún extremo de algún documento del proceso de selección (Bases, contrato, especificaciones técnicas, etc.), se establece que el Contratista deberá editar los textos, y traducir al idioma quechua; pues, la labor contratada es claramente el diseño, y el material de impresión.

Ahora bien, la palabra diseño, conforme a la real academia de la lengua española – RAE define lo siguiente:

DISEÑO

1. m. Traza o delineación de un edificio o de una figura.
2. m. Proyecto, plan que configura algo. *Diseño urbanístico*
3. m. Concepción original de un objeto u obra destinados a la producción en serie. *Diseño gráfico, de modas, industrial.*
4. m. Forma de un objeto de **diseño**. *El diseño de esta silla es de inspiración modernista.*
5. m. Descripción o bosquejo verbal de algo.

6. m. Disposición de manchas, colores o dibujos que caracterizan exteriormente a diversos animales y plantas.

En efecto, queda claro que la labor del contratista no estuvo editar los textos.

Ahora bien, la Entidad no podría exigir al Contratista subsanar las observaciones a los plotters en cuanto a la edición de ortografía e idioma. En consecuencia, es impropio tomar como causal de retraso injustificado este supuesto incumplimiento.

Así las cosas, en el presente caso, existe retraso justificado no imputable al contratista, que nace en la deficiente elaboración de las especificaciones técnicas y las bases del proceso de selección. En consecuencia, resulta impropio ordenar la continuación del contrato, puesto que deberá corregirse los documentos del proceso de selección desde las bases, puesto de continuar con el contrato implicaría vulnerar la normativa de contrataciones.

En consecuencia, este Tribunal considera declarar **PROCEDENTE PARCIALMENTE** la primera pretensión recogida en el primer punto controvertido, y **PROCEDENTE** segunda pretensión recogida en el segundo punto controvertido.

Tercer Punto Controvertido:

Determinar si corresponde o no que el Árbitro Único ordene el pago de los gastos financieros que por las renovaciones de cinco cartas fianzas de fiel cumplimiento.

Respecto, a esta pretensión el Contratista, no obra en autos el argumento que sustenta su pretensión ni mucho menos los documentos que lo acrediten; por tanto, de plano es **IMPROCEDENTE**.

Cuarto Punto Controvertido:

Determinar a qué parte y en qué proporción corresponde asumir el pago de los costos del proceso arbitral.

1. Posición del Tribunal.

De acuerdo con el Artículo 70° del Decreto Legislativo N° 1071, Ley que norma el Arbitraje, el Tribunal Arbitral fijará en el laudo los costos del arbitraje.

Según esta norma legal, los costos del arbitraje comprenden:

1. Los honorarios y gastos del tribunal arbitral.
2. Los honorarios y gastos del secretario.
3. Los gastos administrativos de la institución arbitral.
4. Los honorarios y gastos de los peritos o de cualquier otra asistencia requerida por el tribunal arbitral.
5. Los gastos razonables incurridos por las partes para su defensa en el arbitraje.
6. Los demás gastos razonables originados en las actuaciones arbitrales.

Asimismo, el Artículo 73° en su numeral 1, señala que el tribunal arbitral tendrá en cuenta a efectos de imputar o distribuir los costos del arbitraje, el acuerdo de las partes. A falta de acuerdo, los costos del arbitraje serán de cargo de la parte vencida. Sin embargo, el tribunal arbitral podrá distribuir y prorratear estos costos entre las partes, si estima que el prorrateo es razonable, teniendo en cuenta las circunstancias del caso.

En ese sentido, el Tribunal Arbitral considera a efectos de regular el pago de tales conceptos, el desarrollo de las actuaciones arbitrales así como el resultado del proceso, por lo que se **DISPONE** que ambas partes de manera equitativa asuman directamente los gastos arbitrales; en consecuencia, teniendo en cuenta que los costos arbitrales en el presente proceso han sido cubiertos en un 100% por el Contratista, corresponde que la Entidad reintegre el 50% de dichos costos, debiéndosele agregar los intereses legales correspondientes que se generen hasta la fecha de pago.

5. RESOLUCIÓN

Por las consideraciones expuestas, este Tribunal Arbitral resuelve:

PRIMERO: Declárese **FUNDADA PARCIALMENTE** la primera pretensión de la demanda, en consecuencia, déjese sin efecto la resolución de contrato notificada el día 26 de noviembre de 2021, mediante Carta Notarial 066-2021-GR CUSCO/GRAD y la Resolución Gerencial Regional N° 181-2021-GR CUSCO /GRAD; **IMPROCEDENTE** a que se ordene la continuación de la ejecución del contrato, por las consideraciones expuestas.

SEGUNDO: Declárese **FUNDADA** la segunda pretensión de la demanda; en consecuencia, declare que se ha presentado una causa justificada no atribuible al contratista, por ende, no procede la aplicación de ninguna penalidad, por las consideraciones expuestas.

TERCERO: Declárese **INFUNDADA** la tercera pretensión de la demanda; en consecuencia, no corresponde ordenar el pago de los gastos financieros por las renovaciones de cinco cartas fianzas de fiel cumplimiento, por las consideraciones expuestas.

CUARTO: se **DISPONE** que la Entidad reintegre al contratista el 50% de los honorarios y gastos arbitrales que fueran asumidos en su totalidad, a los cuales deberá agregarse los intereses legales correspondientes hasta la fecha efectiva del pago, por los fundamentos expuestos en los considerandos.

Notifíquese a las partes conforme a las reglas procesales aplicables. -



Mique Napoleón García Orillo

Árbitro



Fiorella Ramírez Culquicondor

Secretaria Arbitral