

## LAUDO ARBITRAL

Lima, 5 de enero de 2017

### NOMBRES DE LAS PARTES:

- Demandante: **CONSORCIO ARMORY SUPPLY S.A.C. - IMPORTACIONES DEXMAR S.A.C.** (en adelante, el Consorcio o el demandante)
- Demandado: **INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO** (en adelante, INPE o el demandado)

### TIPO DE ARBITRAJE:

- Institucional y de Derecho

### ÁRBITRO ÚNICO:

- María del Carmen Tovar Gil

### SECRETARIA ARBITRAL:

- Silvia Rodríguez Vásquez

En Lima, a los cinco días del mes de enero del año dos mil diecisiete, el Árbitro Único, luego de haber realizado las actuaciones arbitrales de conformidad con la ley y las normas establecidas por las partes, escuchado los argumentos sometidos a su consideración y deliberado en torno a las pretensiones planteadas en la demanda y contestación de la demanda, dicta el siguiente laudo para poner fin a la controversia planteada.



**I. Existencia del Convenio Arbitral**

1. De acuerdo con la Cláusula Décimo Sexta del Contrato N° 062-2015-INPE-OIP-CEP Primera Convocatoria, Contrato para la adquisición de equipos de seguridad (armas de fuego) para el Proyecto "Rehabilitación y ampliación integral del Establecimiento Penitenciario de Pucallpa – 1 Etapa", suscrito con fecha 01 de octubre de 2015 (en adelante, el Contrato) las partes acuerdan que todo litigio y controversia resultante del Contrato o relativo a éste se resolverá mediante arbitraje.
2. Asimismo, las parte convinieron que el proceso arbitral sería realizado bajo la organización, administración y reglas del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (en adelante, el Centro) y establecieron que el Tribunal Arbitral estaría compuesto por Árbitro Único.

**II. Instalación del Árbitro Único:**

3. Con fecha 7 de julio de 2016 se realizó la Audiencia de Instalación del Árbitro Único, contando con la asistencia de la doctora María del Carmen Tovar Gil, en su calidad de Árbitro Único y, asimismo, con la asistencia del Consorcio Armory Supply S.A.C.- Importaciones Dexmar S.A.C. y el Instituto Nacional Penitenciario- INPE.

**III. Normatividad aplicable:**

4. Será de aplicación al presente proceso el Reglamento de Arbitraje del CENTRO (en adelante, el REGLAMENTO), y en forma supletoria el Decreto Legislativo N° 1071 que norma el Arbitraje (LA).
5. Asimismo, en los aspectos y cuestiones que no estén expresamente contemplados en el Contrato, rige el Decreto Legislativo N° 1017, Ley de



Contrataciones del Estado (LCE) y su Reglamento (RLCE), aprobado por Decreto Supremo N° 184-2008-EF y sus modificatorias.

**IV. De la Demanda Arbitral presentada por el Consorcio con fecha 21 de julio de 2016:**

6. Mediante escrito de fecha 21 de julio de 2016 el Consorcio interpone demanda arbitral, señalando como pretensiones las siguientes:

**4.1. PRETENSIONES PRINCIPALES:**

**PRIMERA:** Que el Árbitro Único declare la aprobación de la ampliación de plazo solicitado para la ejecución de prestaciones adicionales: por atrasos o paralizaciones no imputables al contratista; por atrasos o paralizaciones en el cumplimiento de la pretensión del contratista por culpa de la Entidad; y, por caso fortuito o fuerza mayor.

**SEGUNDA:** Que el Árbitro Único declare la aplicación indebida de penalidades por supuesto incumplimiento extemporáneo.

**TERCERA:** Que el Árbitro Único ordene la devolución del monto retenido por concepto de penalidad ascendente al 10 % del monto del contrato equivalente a la suma de s/. 35,630.00 (TREINTA Y CINCO MIL SEISCIENTOS TREINTA Y 00/100 SOLES), más intereses compensatorios y moratorios respectivos.

**CUARTA:** Que el Árbitro Único ordene el pago de los gastos generales, gastos financieros y gastos adicionales que se vienen generando por causa del INPE.

**QUINTA:** Que el Árbitro Único ordene indemnización por daños y perjuicios por el lucro cesante, daño emergente y daño moral generado

por la presente controversia (por la suma equivalente al 30% de monto total de la contraprestación a favor del contratista pactado en el contrato).

**SEXTA:** Que el Árbitro Único ordene el pago de costos, costas, honorarios y demás gastos arbitrales (de acuerdo a lo establecido por la institución arbitral y el Tribunal Arbitral).

- 4.2. El demandante presentó los fundamentos de hecho y de derecho que sustentan sus pretensiones.

**V. De la Contestación de la Demanda Arbitral y Excepción de Caducidad presentado por el INPE con fecha 8 de agosto de 2016**

7. A su turno mediante escrito de fecha 8 de agosto de 2016 el demandado contestó la demanda y formuló dos excepciones pidiendo que se archive el proceso. Las excepciones presentadas fueron las siguientes:
- a. Excepción de Caducidad respecto de la Pretensión Nro. 01 de la Demanda, como consecuencia de la cual solicitan que esta se declare improcedente.
  - b. Excepción de imposibilidad física y jurídica de las Pretensiones Nros. 02, 03, 04 y 05 de la demanda, como consecuencia de la cual solicitan que estas se declaren improcedentes.
8. El INPE presentó los argumentos de hecho y de derecho que sustentan las excepciones formuladas y los fundamentos para contradecir la demanda, por lo que solicita se declaren fundadas las excepciones formuladas y que en su debida oportunidad se declare infundada la demanda.

**VI. Actuaciones**



9. Con fecha 14 de setiembre de 2016 se realizó la Audiencia de Fijación de Puntos Controvertidos con la asistencia del Árbitro Único, el Consorcio y el INPE, en la cual se fijaron los puntos controvertidos y se admitió a trámite los siguientes medios probatorios presentados por las partes:

**a. Por la parte demandante en la demanda arbitral de fecha 21 de julio de 2016 aportó lo siguiente:**

- i. Los documentos descritos en la sección VIII denominada "Medios Probatorios" enumerados desde el punto 1 al 11 los cuales acompañan al escrito de demanda arbitral de fecha 21 de julio de 2016.
- ii. El expediente administrativo a que se refiere el numeral VIII.9; el cual fue presentado por el INPE con fecha 22 de setiembre de 2016.

**b. En el escrito de contestación de demanda arbitral de fecha 08 de agosto de 2016 el INPE aportó la siguiente prueba:**

- i. Los documentos descritos en la sección 1.2 enumerados desde el literal A al E, II.2 desde el literal A al E y en la sección III.3 enumerados desde el literal A al F, los cuales acompañan al escrito de contestación de demanda arbitral de fecha 08 de agosto de 2016.

De acuerdo al Cronograma establecido por el Árbitro Único, se declaró el cierre de la etapa probatoria; asimismo, las partes cumplieron con presentar sus escritos de alegatos con fechas 13 y 14 de octubre de 2016.

10. Con fecha 27 de octubre de 2016 se realizó la Audiencia de Informe Oral con la participación del Árbitro Único, la parte demandante y la parte demandada; con la finalidad de que las partes informen oralmente sus alegatos escritos. En dicha audiencia se otorgó a las partes un plazo de

cinco (05) días hábiles contado a partir del día siguiente de suscrita el Acta de Audiencia de Informe Oral, a fin de que remitan vía email lo conveniente a su derecho en relación a las penalidades cobradas.

11. Respecto a ello, con fecha 31 de octubre de 2016 el Consorcio manifestó lo conveniente a su derecho, respecto a las penalidades cobradas por el INPE; respecto a ello, el Árbitro Único lo tendrá presente.
12. Mediante Audiencia de Informe Oral de fecha 27 de octubre de 2016, la Árbitro Único declaró el cierre de instrucción y otorgó plazo para laudar de treinta (30) días, los cuales fueron prorrogados por treinta (30) días adicionales, para emitir el laudo arbitral.

## VII. CONSIDERACIONES DEL LAUDO:

13. Para analizar y resolver el caso se tomaran en cuenta los puntos controvertidos fijados oportunamente en la audiencia así como los argumentos y pruebas aportados por las partes:

### Sobre la Excepción de Caducidad interpuesta por el INPE

14. Con la Excepción de Caducidad el demandado en su escrito de contestación de demanda ha señalado que los plazos sustantivos y procesales para impugnar la denegatoria de ampliación de plazo habrían caducado. Para tal efecto señala como hechos y fechas relevantes las siguientes:

EP-PUCALLPA: Adquisición Equipos Seguridad – Municiones ADS N° 025-2015-INPE-OIP-CEP		Fecha		
		Día	Mes	Año
Contrato Nro. 062-2015-INPE-OIP		01	OCT	2015
Orden de Compra Nro. 0000156		01	OCT	2015
Objeto	Adquisición Equipos Seguridad – Armas de Fuego			

	Item	Cantidad			
	Pistola de Puño S.A. 9mm corto (380° ACP) marca CZ	100			
	Escopetas calibre 12 gauge culata fija marca maverick	40			
Monto	S/. 356,300.00 incluido todo costo e IGV				
Plazo Entrega	(80) días calendario		20	DIC	2015
Forma Entrega	Lugar.-	EP-Pucallpa / Carretera Basadre Km 12			
	Distrito.-	Callería			
	Provincia.-	Coronel Portillo			
	Departamento.-	Ucayali			
Forma Pago	Pago Único a la conformidad				
---	-----				
Ampliación Plazo		Presenta Solicitud	16	DIC	2015
Improcedencia		Res. Jef. N° 176-2015-INPE-OIP/11	28	DIC	2015
Notifica Improcedencia		Carta Nro. 857-2015-INPE-OIP/11	29	DIC	2015
Impugnación		Presenta Reconsideración	15	ENE	2016
Inadmisibilidad		Carta N° 56-2016-INPE/11	29	ENE	2016
Conciliación		Presenta Solicitud	19	FEB	2016
Audiencia Conciliación 01		Postergada a solicitud de parte	25	FEB	2016
Audiencia Conciliación 02		Sin Acuerdo de Partes	04	MAR	2016
Fecha Pago		De la Entidad al Contratista	10	MAR	2016
Arbitraje		Presenta Solicitud	05	ABR	2016

15. A partir de esta información el demandado sostiene que resultaría que el incidente contractual de la ampliación de plazo, tuvo como fecha de solicitud el día 16 de diciembre de 2015, y la improcedencia de la solicitud se comunicó al contratista el día 30 de diciembre de 2015. Con ello el incidente

contractual de la ampliación de plazo se debería considerar culminado o terminado conforme al procedimiento previsto en el último párrafo del artículo 175 de Reglamento de la Ley de Contrataciones (aprobado por Decreto Supremo Nro. 184-2008-EF, modificado por el Decreto Supremo Nro. 138-2012-EF).

16. En ese contexto, INPE afirma que para impugnar lo decidido por la Entidad, la solicitud de inicio de conciliación y/o la solicitud de inicio de arbitraje, debió presentarse el día 20 de enero de 2016 como máximo. Siendo esto así, la solicitud de arbitraje de 05 de abril de 2016, sería extemporánea y la acción habría caducado conforme lo dispone el último párrafo del numeral 52.2) del artículo 52 de la Ley de Contrataciones del Estado (aprobada por Decreto Legislativo Nro. 1017, modificada por la Ley 29873).
17. Respecto de la Excepción de Caducidad interpuesta por el INPE, la demandante en sus alegatos escritos de fecha 14 de octubre de 2016, ha señalado que la excepción de caducidad interpuesta solo se sustenta respecto de la solicitud de ampliación de plazo solicitada, puesto que a las otras pretensiones no les es aplicable esta excepción, dado que las penalidades recién fueron aplicadas el 10 de marzo de 2016, conforme al Recibo de Ingreso de Caja No. 004194 del 10 de marzo de 2016, y los Comprobantes de Pago Nos. 0035898 y 0035897 del 26 de febrero de 2016. Menciona que se realizó una conciliación previamente (Acta de Conciliación No. 064/2016/CEPAX del 11 de marzo de 2016) y se presentó la solicitud de arbitraje con fecha 5 de abril de 2016.
18. Señala en ese sentido, que las pretensiones de la demandante deben subsistir y no han caducado en ningún sentido.
19. **Para resolver este punto controvertido se partirá de evaluar en virtud del Contrato o de la normativa aplicable, ¿cuál es plazo para presentar un reclamo de conciliación y/o arbitraje, y a partir de qué fecha dicho plazo debe ser computado?**



20. Tenemos así que, la cláusula décimo sexta del Contrato establece expresamente lo siguiente:

*"Cualquiera de las partes tiene derecho a iniciar el arbitraje administrativo a fin de resolver las controversias que se presenten durante la etapa de ejecución contractual dentro del plazo de caducidad previsto en los artículos 144, 170, 175 y 177 del Reglamento o, en su defecto, en el artículo 52 de la Ley. Y añade que: Facultativamente, cualquiera de las partes podrá someter a conciliación la referida controversia, sin perjuicio de recurrir al arbitraje en caso no se llegue a un acuerdo entre ambas, según lo señalado en el artículo 214 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado."* (Énfasis agregado)

21. En nuestro caso, de los artículos mencionados en la Cláusula citada, el relevante es el artículo 175 del Reglamento. Este señala literalmente lo siguiente:

*"Artículo 175.- Ampliación del plazo contractual*

*Procede la ampliación del plazo en los siguientes casos:*

*1. Cuando se aprueba el adicional, siempre y cuando afecte el plazo. En este caso, el contratista ampliará el plazo de las garantías que hubiere otorgado.*

*2. Por atrasos o paralizaciones no imputables al contratista.*

*3. Por atrasos o paralizaciones en el cumplimiento de la prestación del contratista por culpa de la*

*Entidad; y,*

*4. Por caso fortuito o fuerza mayor.*

*El contratista deberá solicitar la ampliación dentro de los siete (7) días hábiles siguientes a la notificación de la aprobación del adicional o de finalizado el hecho generador del atraso o paralización. La Entidad debe resolver sobre dicha solicitud y notificar su decisión al contratista en el plazo de diez (10) días hábiles, computado desde el día siguiente de su*



*presentación. De no existir pronunciamiento expreso, se tendrá por aprobada la solicitud del contratista, bajo responsabilidad del Titular de la Entidad.*

*En virtud de la ampliación otorgada, la Entidad ampliará el plazo de los contratos directamente vinculados al contrato principal.*

*Las ampliaciones de plazo en contratos de bienes o para la prestación de servicios darán lugar al pago de los gastos generales debidamente acreditados. En el caso de la consultoría de obras, debe pagarse al contratista, además del gasto general variable, el costo directo.*

*Cualquier controversia relacionada con la ampliación del plazo por parte de la Entidad podrá ser sometida a conciliación y/o arbitraje dentro de los quince (15) días hábiles posteriores a la comunicación de esta decisión.*  
(Énfasis agregado)

22. En tal sentido, de acuerdo con la norma aplicable, la parte a la que se denegó la ampliación de plazo debe, en un plazo máximo de quince días desde que se le notificó la denegación de ampliación de plazo, presentar su solicitud de conciliación y/o arbitraje.
23. De los actuados resulta que las fechas relevantes del pedido de ampliación de plazo, sobre las cuales no existe controversia y que además se condicen con los medios probatorios presentados por ambas partes son las siguientes:

<b>Ampliación Plazo</b>	Presenta Solicitud	16	DIC	2015
<b>Improcedencia</b>	Res. Jef. N° 176-2015-INPE-OIP/11	28	DIC	2015
<b>Notifica Improcedencia</b>	Carta Nro. 857-2015-INPE-OIP/11	29	DIC	2015
<b>Impugnación</b>	Presenta Reconsideración	15	ENE	2016
<b>Inadmisibilidad</b>	Carta N° 56-2016-INPE/11	29	ENE	2016
<b>Conciliación</b>	Presenta Solicitud	19	FEB	2016

<b>Audiencia Conciliación</b> <b>01</b>	Postergada a solicitud de parte	25	FEB	2016
<b>Audiencia Conciliación</b> <b>02</b>	Sin Acuerdo de Partes	04	MAR	2016
<b>Fecha Pago</b>	De la Entidad al Contratista	10	MAR	2016
<b>Arbitraje</b>	Presenta Solicitud	05	ABR	2016

24. La demandante optó por ejercer su derecho a ir a una conciliación, antes de dar inicio al arbitraje para resolver sus disputas referidas a la declaración de improcedencia del pedido de ampliación de plazo y efectivamente, el Consorcio dentro del plazo de 15 días hábiles de notificada la inadmisibilidad del pedido de reconsideración de la denegatoria de ampliación de plazo presentó su solicitud de conciliación.
25. No obstante que la conciliación se realizó, ella terminó sin que hubiera acuerdo. Por lo que luego de haberse emitido el Acta de no acuerdo, la demandante contaba con un plazo de caducidad de 15 días hábiles para dar inicio al arbitraje, tal como dispone el artículo 215 del Reglamento:

**"Artículo 215.- Inicio del Arbitraje**

*Cualquiera de las partes tiene el derecho a iniciar el arbitraje administrativo dentro del plazo de caducidad previsto en los artículos 144, 170, 175, 176, 177, 179, 181, 184, 199, 201, 209, 210, 211 y 212; en concordancia con lo dispuesto en el numeral 52. 2 del artículo 52 de la Ley.*

*De haberse pactado en el convenio arbitral la realización de un arbitraje institucional, la parte interesada debe recurrir a la institución arbitral en aplicación del respectivo reglamento arbitral institucional. De haberse pactado arbitraje ad hoc, la parte interesada procederá a remitir a la otra la solicitud de arbitraje a que se refiere este Reglamento.*

*Si las partes optaron por el procedimiento de conciliación de manera previa al arbitraje, éste deberá iniciarse dentro de un plazo de caducidad de quince*

(15) días hábiles siguientes de emitida el Acta de no Acuerdo Total o Parcial." (Énfasis agregado)

26. En aplicación de lo señalado, el Consorcio debió presentar su solicitud de arbitraje como máximo quince (15) días hábiles luego del 4 de marzo de 2016, fecha en la que se emitió la segunda acta de conciliación. Es decir, el Consorcio debió presentar su solicitud de arbitraje cuestionando la declaración de improcedencia de su pedido de ampliación de plazo hasta el 29 de marzo de 2016 como máximo.
27. **A partir de la conclusión del párrafo precedente procede dar respuesta a la siguiente pregunta: ¿La fecha en la que se solicitó el inicio de la conciliación estuvo fuera del plazo?**
28. El Consorcio presentó su solicitud de arbitraje el 5 de abril de 2016 e incluyó el pedido de ampliación de plazo como primera pretensión de la demandante. Sin embargo como se ha señalado esta solicitud debió presentarse a más tardar el 29 de marzo de 2016, plazo en que su derecho a cuestionar la declaración de improcedencia de su pedido de ampliación de plazo caducaba.
29. Por tanto, en la medida que el derecho del Consorcio para cuestionar la declaración de improcedencia del pedido de ampliación por parte del INPE caducó el 29 de marzo de 2016, corresponde declarar fundada la excepción de caducidad formulada por el demandado y declarar improcedente la primera pretensión principal formulada por el demandante.

**Sobre la Excepción por Imposibilidad Física y Jurídica interpuesta por el INPE.-**

30. Respecto de esta segunda excepción interpuesta por el INPE, el demandado en su escrito de contestación de demanda ha señalado que tanto la

pretensión N° 02 sobre declaración de indebida la penalidad, como la pretensión N° 03 sobre devolución de monto retenido por penalidad, inexorablemente, tienen como condición precedente, sustantiva, causal y vinculante el plazo determinado de la ejecución contractual de la prestación. Señalan que en el presente caso, corresponde observar que para poder declararse como indebida la aplicación de la penalidad y/o para poder ordenarse, la devolución del monto retenido por aplicación de la penalidad, es esencial e inexorable definir la situación jurídica y/o certidumbre del plazo de ejecución contractual de la prestación.

31. Indican que en esa medida, y dado que los (80) días calendario no se han modificado, por efecto de la caducidad antes alegada y desarrollada, este plazo por la vía de la ampliación no puede modificarse y que resultaría a) físicamente es imposible omitir la aplicación de los (80) días calendario pactados; b) jurídicamente es imposible poder aplicar un plazo calendario contractual diferente; y c) física y jurídicamente es imposible revisar la estructura sustantiva de la penalidad aplicada, si es que antes, es imposible sustantiva y procesalmente revisar la estructura del plazo contractual de ejecución de la prestación y/o del plazo de ampliación solicitado.
32. Por su parte, la Demandante en sus alegatos escritos de fecha 14 de octubre de 2016, ha señalado que respecto de la improcedencia física y jurídica, se remite a lo ya señalado con ocasión de la excepción de caducidad, dado que sus pretensiones subsisten y no han caducado. Añaden que el pedido de ampliación de plazo presentado debió ser declarado fundado puesto que las demoras son atribuibles al ESTADO, en las figuras de la SUCAMEC y del INPE, y su accionar ha sido diligente y oportuno.
33. Para resolver la excepción al pedido de Improcedencia por Imposibilidad Física y Jurídica, el Árbitro Único analiza también los puntos incluidos como puntos controvertidos. La primera cuestión a responder entonces, es si en

**virtud del Contrato suscrito y la norma aplicable, ¿es física y jurídicamente posible revisar la estructura del plazo de ampliación solicitado por el Consorcio?**

34. La Árbítro Único discrepa de la tesis de la Demandada. Es cierto que, de acuerdo a lo indicado para la excepción de caducidad, al haberse declarado ésta fundada, el plazo del contrato ha quedado establecido, sin que pueda considerarse una ampliación. También es cierto, que al ser ello así, si resultare que el Contratista incumpliera con la entrega de la prestación en el plazo, habría incumplido en principio el Contrato. Esto sin embargo no implica, en forma automática, que no corresponda analizar las pretensiones de la Demandante, distintas a la ampliación de plazo.
35. Desde luego que, como hemos dicho, se partirá de considerar que el plazo no ha sido ampliado. Pero para analizar si procede la penalidad, es preciso verificar, como veremos en los puntos siguientes, si de los hechos resulta que las prestaciones se entregaron fuera del plazo. Asimismo, incluso en caso no se hayan entregado en plazo, corresponderá analizar si se dan todas las condiciones para que aplique una penalidad y si la penalidad aplicada es la que procede. En ese contexto, el solo hecho de que el plazo no se haya ampliado, no hace que se presente una imposibilidad ni física ni jurídica para que se evalúe y determine si proceden y son fundadas las Pretensiones Nro. 02 y Nro. 03 de la demanda.
36. Lo mismo sucede con la Pretensión N°4. Si bien para analizarla partiremos de que no se ha dado la ampliación de plazo, esto no determina que no debamos entrar a analizar el pedido del demandante y determinar cuáles son los supuestos para su reclamo y si ellos se han presentado en esta oportunidad.
37. Finalmente, con relación a la Pretensión N°5, en la que se pide se ordene indemnización por daños y perjuicios por el lucro cesante, daño emergente y daño moral generado por la presente controversia, el hecho de que el plazo

no haya variado, no impide que pueda hacerse una evaluación del pedido de indemnización formulado.

38. Por lo señalado en las consideraciones precedentes, a las preguntas de si corresponde declarar improcedente la pretensiones No. 2, N° 3, N° 4 y N° 5, la respuesta es negativa. Esto no significa entrar a resolver estas pretensiones, sólo significa que la Arbitro Único considera que es precedente entrar a evaluarlas y de acuerdo a su mérito decidirá en cada caso si son o no fundadas.
39. Por lo tanto la conclusión es que esta excepción es infundada.

**Sobre la Primera Pretensión Principal del escrito de demanda:**

40. Considerando que se ha declarado fundada la excepción de caducidad respecto de la Primera Pretensión Principal, la acción contenida en la Primera Pretensión ha quedado extinguida. Por lo tanto, no corresponde realizar el análisis de la pretensión en función a los puntos controvertidos establecidos. Corresponde más bien declarar improcedente la Primera Pretensión Principal de la demanda, a través de la cual el Consorcio solicitó que se amplíe el plazo del Contrato.

**Sobre la Segunda Pretensión Principal del escrito de demanda:**

41. Respecto de la Segunda Pretensión Principal, sobre la aplicación de penalidades, la demandante en su Escrito de Demanda ha señalado que las penalidades impuestas por el INPE no serían factibles, dado que estas podrían referirse a causas atribuibles al contratista, y este no es el caso, puesto que las mismas no están previstas en los términos de referencia pactados, por lo que, constituiría un abuso su aplicación.
42. Indica que, entre las penalidades que una Entidad le puede aplicar a un contratista, se encuentra la penalidad por mora, regulada en el artículo 165

del Reglamento y que 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, hasta por un monto máximo equivalente al diez por ciento (10%) del monto del contrato vigente o, de ser el caso, del ítem que debió ejecutarse." (Subrayado original).

43. 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. Por ello, el demandante señala que en el presente caso, no ha existido un retraso injustificado respecto de la entrega de los bienes materia del proceso de selección, los mismos que se han entregado dentro de los plazos. Y señala que, el retraso de su entrega al destino final, se ha debido a causas no atribuibles al contratista, que están debidamente justificadas y que también responden a cuestiones propias de la Entidad. Equipos de Seguridad (Armas de Fuego).
44. El Consorcio sostiene que las entregaron en los Almacenes del INPE CENTRAL (Oficina de Infraestructura Penitenciaria- INPE) con fecha 7 de enero de 2016, según Acta de entrega y Recepción, y finalmente se trasladó junto a las armas al INPE Pucallpa, procediendo a su entrega final el 06 de febrero de 2016. Alega que lo que demoró la entrega a los almacenes del INPE Pucallpa, fue una disposición interna de la Entidad, según Informe N° 057-2016-INPE/14.01.16, mediante el cual se recomendó entregar al INPE Pucallpa, las armas y las respectivas municiones juntas. El demandante indica que esta exigencia no estaba ni en contrato, ni en las bases, términos de referencia o en la propuesta del demandante, por ello escapaba de su responsabilidad aquellas disposiciones internas ajenas al proceso de selección.
45. De otro lado, el demandante alega que las demoras injustificadas y fuera de toda razonabilidad de los trámites frente a la Superintendencia Nacional de



Control de Servicios de Seguridad, armas, municiones y explosivos de uso civil (SUCAMEC), respecto de los trámites para la disposición final de las armas antes referidas, hicieron que se dilate injustificadamente la entrega de los bienes, materia del proceso de selección.

46. Señala particularmente que, SUCAMEC demoró los trámites en forma excesiva, más allá de los plazos previstos en el TUPA de dicha entidad y que dichos plazos han sido tomados como referencia por el INPE y por el demandante para establecer y proponer el plazo máximo de entrega. Alega que SUCAMEC emitió recién el día 28 de diciembre de 2015 la autorización para retirar el armamento del Callao a los almacenes de la SUCAMEC instalados en el Cuartel Barbones. Afirma que, pese a que el plazo según el TUPA para emitir la Guía de Traslado es de 3 días, la SUCAMEC demoró 14 días útiles.
47. Señala también que, luego de arribar al almacén de la SUCAMEC, para su evaluación, es necesario contar con una Guía de Circulación, a efecto de ser trasladados al almacén de la SEDE CENTRAL del INPE para su consiguiente revisión. La Entrega de esta Guía de Circulación fue tramitada el día 22 de diciembre de 2015 y debía ser entregada según TUPA en 2 días. Sin embargo, fue entregada el día 07 de enero de 2016, es decir, demoró 16 días.
48. El Consorcio indica que se suma a todo ello una circunstancia adicional a las ya vertidas, que es SUCAMEC en forma arbitraria y desde el mes de noviembre (hecho posterior a la adjudicación de la buena pro del contrato en cuestión), dispuso que la atención en el Cuartel Bardones era sólo los miércoles y jueves conforme a un correo electrónico enviado por SUCAMEC. Asimismo, indica que fuera de lo irregular de este acto, hizo que los tramites se prolongarán más allá de la fecha prevista y estimada en las bases y por el INPE al momento de presentar su oferta.



49. De otro lado, el demandante indica que se debe considerar que el INPE es una Entidad del Estado y que quien los ha perjudicado también es parte del Estado. Por lo que, no podría atribuirse al demandante responsabilidad por negligencia ajena, ya que es un hecho que escapa a cualquier “comerciante prudente”.
50. Finalmente, el demandante afirma que SUCAMEC de forma arbitraria dejó de atender los días 24 y 31 de diciembre, lo que supuso que no tramitaran la solicitud del demandante. Sin embargo, señala que estas circunstancias son ajenas al presente proceso de selección y a la entrega de bienes de otro proceso de selección. Considera por lo tanto, que no sería justificable que se haya rechazado su solicitud de ampliación que buscaba amparar la demora de la propia Entidad contratante.
51. El demandante expresa que adicionalmente a lo indicado en el punto anterior, que las armas para INPE PUCALLPA fueron entregadas a INPE SEDE CENTRAL el 07 de enero de 2016, que se realizaron las pruebas de campo de las mismas el 08 de enero de 2016, y se obligó a realizar las grabaciones de las mismas junto con otras armas destinadas al INPE CHINCHA los días 11 al 15 de enero de 2016, afirma que no se pudo hacer dichos trabajos los días 09 y 10 de enero de 2016 puesto que cayeron los días sábado y domingo, o sea, fin de semana, que no atienden en el INPE para dichas acciones y que se dispuso sea realizado en los almacenes del INPE no permitiendo el traslado de las mismas a sus talleres por razones de seguridad y propiciando que tengan que llevar todos sus instrumentos a dicha locación. Indica que, ésta nuevamente irregular e ilegal vinculación con otros contratos y obligaciones ajenas a este proceso ha generado retrasos que son de exclusiva y absoluta responsabilidad de la Entidad; y, que las grabaciones, a pesar de las limitaciones, se realizaron en 03 días no en 05, como pretende indicar el Informe Técnico N° 004-2016-INPE/14.01.06.
52. Respecto de la Segunda Pretensión Principal sobre la aplicación de penalidades, la demandada en su Escrito de Contestación de Demanda ha

señalado que sobre la base sustantiva de los (74) días calendario de ejecución contractual pactados (no modificados) y, sobre la base procesal de la preclusión y/o la omisión (consentimiento) del contratista de no recurrir a la acción prevista en la Ley dentro del plazo legal, es que entonces han tenido eficacia funcional: la conformidad, el pago y por supuesto la penalidad aplicada que ha derivado en la retención del 10%.

53. El INPE señala además, que los Procedimientos ante SUCAMEC son un hecho esencial imputable y/o bajo el riesgo de la actividad económico/comercial del Contratista. Así, afirman que la demora y/o los diferentes incidentes que pudieran producirse en los procedimientos ante SUCAMEC, son un riesgo y cuenta asignada de la actividad económica o comercial propia del Contratista. Por lo tanto, no es imputable a la Entidad Contratante.
54. De acuerdo a lo señalado al resolver la excepción de Imposibilidad Física y Jurídica interpuesta por el INPE, el Árbitro Único reitera que el hecho de que el plazo no haya sido ampliado, no impide analizar si procede o no la penalidad impuesta por el INPE a el Consorcio.
55. Así pues, para resolver la **Segunda Pretensión Principal** el Árbitro Único analizará los puntos controvertidos establecidos en forma oportuna, preguntándose de acuerdo con lo pactado en el Contrato y lo dispuesto en la norma aplicable, ¿en qué casos corresponde aplicar penalidades?
56. En la respuesta a la pregunta respecto de la aplicación de penalidad, la cláusula décimo segunda del Contrato establece lo siguiente:

**"CLÁUSULA DÉCIMO SEGUNDA: PENALIDADES**

*Si el Contratista incurre en retraso injustificado en la atención del bien requerido objeto del contrato, la Entidad le aplicará una penalidad por cada día de atraso, hasta por un monto máximo equivalente al diez por ciento (10%) del monto del contrato vigente o, de ser el caso, del ítem que debió*

*ejecutarse en concordancia con el artículo 165 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado. En todos los casos, la penalidad se aplicará automáticamente u se calcula de acuerdo a la siguiente fórmula:*

$$\text{Penalidad Diaria} = \frac{0.10 \times \text{Monto}}{F \times \text{Plazo en días}}$$

*Donde:*

*F= 0.25 ara plazos mayores a sesenta días.*

*Cuando se llegue a cubrir el monto máximo de la penalidad, LA ENTIDAD podrá resolver el contrato por incumplimiento.*

*Esta penalidad será deducida de los pagos a cuenta, del pago final o en la liquidación final; o si fuese necesario se cobrará del monto resultante de la ejecución de las garantías de Fiel Cumplimiento o por el Monto diferencial de la propuesta (de ser el caso).*

*La justificación por el retraso se sujeta a los dispuesto por el Código Civil y demás normas concordantes."*

57. En esa línea de análisis corresponde ir también al artículo 165 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado que también prevé la aplicación de penalidad por mora en la ejecución de la prestación en los siguientes términos:

***"Artículo 165.- Penalidad por mora en la ejecución de la prestación***

*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, hasta por un monto máximo equivalente al diez por ciento (10%) del monto del contrato vigente o, de ser el caso, del ítem que debió ejecutarse. Esta penalidad será deducida de los pagos a cuenta, del pago final o en la liquidación final; o si fuese necesario se cobrará del monto resultante de la ejecución de las garantías de fiel cumplimiento o por el monto diferencial de propuesta.*

*En todos los casos, la penalidad se aplicará automáticamente y se calculará de acuerdo con la siguiente fórmula:*

*Penalidad diaria = 0.10 x Monto*

*F x Plazo en días*

*Donde F tendrá los siguientes valores:*

*a) Para plazos menores o iguales a sesenta (60) días, para bienes, servicios y ejecución de obras: F = 0.40.*

*b) Para plazos mayores a sesenta (60) días:*

*b.1) Para bienes y servicios: F = 0.25.*

*b.2) Para obras: F = 0.15.*

*Tanto el monto como el plazo se refieren, según corresponda, al contrato o ítem que debió ejecutarse o, en caso que estos involucraran obligaciones de ejecución periódica, a la prestación parcial que fuera materia de retraso.*

*Cuando se llegue a cubrir el monto máximo de la penalidad, la Entidad podrá resolver el contrato por incumplimiento.*

*Para efectos del cálculo de la penalidad diaria se considerará el monto del contrato vigente."*

58. Así pues, el propio Contrato y la norma aplicable prevén que en caso de retraso **injustificado** en la entrega de los Equipos de Seguridad (municiones) por parte del Consorcio el INPE podrá aplicar penalidades hasta por el 10% del monto contractual, esto es S/ 35,630.00 (Treinta y cinco mil seiscientos treinta con 00/100 Soles). El monto impuesto por concepto de penalidad podía, de acuerdo con la disposición contractual, deducirse de la liquidación.
59. Para determinar si la penalidad deducida de la liquidación final fue correctamente aplicada, corresponde determinar si hubo retraso y en caso afirmativo, si el retraso fue o no **"justificado"**. Por tanto, si el deudor (el Consorcio) logra acreditar que hubo una justificación para el retraso en la entrega de los bienes objeto del Contrato, no procedería aplicar la penalidad.

60. Considerando la respuesta a la pregunta planteada, la siguiente pregunta consiste en ver si en el presente caso se han generado las condiciones o circunstancias para que corresponda la aplicación de una penalidad al Consorcio.
61. El Contrato N° 062-2015-INPE-OIP suscrito entre el Consorcio e INPE para la adquisición de Equipos de Seguridad (Armas de Fuego), fue suscrito el 1 de octubre de 2015. De acuerdo con la cláusula quinta del Contrato, el plazo del Contrato era 80 días calendarios, los cuales son computados desde el día siguiente de la firma del Contrato.
62. Así, el plazo del Contrato de 80 días calendario, vencía **el domingo 20 de diciembre de 2015**. Por tanto, a más tardar en dicha fecha el Consorcio debía entregar los Equipos de Seguridad (Armas de Fuego). El lugar donde el Consorcio debía entregar los Equipos de Seguridad (Armas de Fuego) era el Nuevo Establecimiento Penitenciario de Pucallpa, tal como dispone la cláusula quinta del Contrato:

**"CLÁUSULA QUINTA: PLAZO Y LUGAR DE ENTREGA"**

*El plazo de ejecución del presente contrato es de ochenta (80) días calendarios, el mismo que se computa desde el día siguiente de la firma del contrato.*

*El lugar de entrega de los bienes se efectuará en el Nuevo Establecimiento penitenciario de Pucallpa, ubicado en la carretera F. Basadre Km, 12, Distrito de Callería, Provincia Coronel Portillo y Departamento de Ucayali."*

63. Así pues, de acuerdo con lo pactado, el Consorcio debía hacer entrega al INPE de los Equipo de Seguridad (Armas de Fuego), a más tardar el día domingo 20 de diciembre de 2015, en el Nuevo Establecimiento Penitenciario de Pucallpa.
64. De los actuados y específicamente del Expediente Administrativo exhibido por el INPE, resulta que el trámite de internamiento de armas se inició el 4

de diciembre de 2015. En los documentos incluidos en el Expediente Administrativo, consta que el 4 de diciembre de 2014 las armas habían llegado ya al territorio peruano y estaban en almacenes en el Callao.

65. Consta asimismo, que desde el 4 de diciembre de 2014, la demandante estaba haciendo los trámites para el traslado de los Equipos de Seguridad (Armas de Fuego) a SUCAMEC, para poder posteriormente ingresarlas al INPE. Sin embargo, los Equipos de Seguridad (armas de fuego) no pudieron ser trasladado a la Sede Central del INPE en Lima, tal como lo dispuso el Informe No. 057-2015-INPE/14.01.06.SAM, por demoras e inconvenientes vinculados a las autorizaciones que debía otorgar la SUCAMEC.
66. Entre las demoras que constan en el expediente administrativo figuran la demora en la asignación de personal para realizar la inspección de armamento del Callao (12 días). Existen correos electrónicos desde el 7 de diciembre en los que figura que el Consorcio insiste a SUCAMEC la necesidad de que se le asigne inspectores y se le permita el traslado. Sin embargo, SUCAMEC recién entrega la guía de traslado para el retiro del armamento de Callao el 28 de diciembre y sólo otorga el permiso del traslado desde SUCAMEC a los almacenes del INPE de Lima, el 6 de enero de 2016.
67. De los actuados resulta así, que pese a la diligencia del Consorcio en tener los Equipos de Seguridad (Armas de Fuego) en el Perú el 4 de Diciembre de 2015, plazo que razonablemente le hubiera permitido hacer los trámites y entregar a tiempo, por problemas ante SUCAMEC, se dio un retraso que hizo que las armas sólo puedan ingresarse al INPE Lima, el 7 de enero de 2016.
68. Es así que recién el 6 de enero de 2016 emiten la autorización (Guía de Circulación) para efectuar el traslado de los Equipos de Seguridad (Armas de Fuego) el 7 de enero del almacén de SUCAMEC al Local de la Sede Central del INPE.

69. En este contexto la demandante atribuye estos actos a SUCAMEC e incluso al INPE por ser ella una entidad estatal. El INPE por su lado, considera que la demora era un riesgo comercial del Consorcio, por ser la entrega parte de su responsabilidad contractual.
70. La Ábitro no comparte totalmente ni una ni otra tesis. Por un lado, el hecho de que SUCAMEC e INPE sean ambas entidades estatales, no determina que INPE sea responsable de la demora de SUCAMEC. Es claro que INPE es una entidad separada de SUCAMEC y los actos de SUCAMEC no son actos del INPE y no le pueden ser atribuidos a ella. Esto especialmente si consideramos que la responsable contractualmente de hacer los trámites ante SUCAMEC no fue el INPE sino el Consorcio.
71. De otro lado, si bien el Consorcio era el responsable de efectuar los trámites y el hacerlo es parte de su riesgo para cumplir con sus prestaciones, si el Consorcio actuó diligentemente y efectuó los trámites, no puede ser imputado de una demora que no lo es atribuible, al ser esta una demora de la autoridad competente en permitirles el ingreso y traslado de armas. En consecuencia, en la medida en que el Consorcio haya demostrado, como efectivamente lo ha hecho, que ingresó al Perú los bienes con anticipación suficiente y efectuó los trámites en forma diligente, no puede ser imputada de la demora y penalizada por ella.
72. Por lo señalado, se concluye que el Consorcio no pudo hacer oportunamente la entrega en la Sede Central del INPE en Lima del Equipo de Seguridad (armas de fuego) por motivos no atribuibles a este; en la medida que SUCAMEC demoró más de lo previsto en su TUPA para emitir las autorizaciones correspondientes para el traslados de dichos equipos.
73. En tal sentido la Arbitro considera que la demora que se da hasta el 7 de enero de 2016, no es imputable al Consorcio y como tal el Consorcio no puede ser penalizado por la misma.



74. A continuación nos referiremos a la situación posterior al 7 de enero de 2016. Vemos que no es controvertido que el 7 de enero de 2016, el Consorcio realizó el internamiento del Equipo de Seguridad (armas de fuego) en las oficinas del INPE en Lima. Tampoco es controvertido que el 8 de enero se realizaron las pruebas de las mismas; ni que, con fecha 11 al 15 de enero de 2016, el Consorcio en las instalaciones de la Sede Central del INPE realizó las grabaciones de las armas de fuego.
75. Así, en el Informe Técnico No. 004-2016-INPE/14.01.06, emitido recién el 26 de enero de 2016, por el Instructor de Armas del INPE al Director de la Dirección de Seguridad Penitenciaria del INPE, se declara APTO el Equipo de Seguridad. En dicho informe se corrobora que las armas ingresaron el 7 de enero y que se inspeccionaron el 8, sin que conste que hubiera ni observaciones ni disconformidades y consta también que en forma casi inmediata se procedió a su grabación.
76. No es controvertido que desde el 7 de enero de 2016, el Equipo de Seguridad (armas de fuego) se encontraba bajo el control del INPE dentro del establecimiento del INPE en Lima. Tampoco que fue recién el 6 de febrero de 2016 que se entregó el Equipo de Seguridad (armas de fuego) en el Nuevo Establecimiento Penitenciario en Pucallpa.
77. Cabe señalar que del Informe Técnico No. 004-2016-INPE/14.01.06, consta que se solicitó que se realicen las coordinaciones para el traslado a Pucallpa con las unidades móviles el día "D" y a la hora "H", previa aprobación del Plan de traslado por parte de la Dirección de Seguridad del INPE.
78. Es así que si bien, el Consorcio tenía pendiente el traslado a Pucallpa, desde su ingreso al INPE de Lima ya no tenía control ni libre disposición sobre los Equipos de Seguridad (armas de fuego) y necesariamente debía coordinar con la Dirección de Seguridad del INPE para realizar el traslado de los bienes hasta el Nuevo Establecimiento Penitenciario en Pucallpa.

79. El Árbitro Único considera que estando ya los Equipos de Seguridad (armas de fuego) entregados en la Sede Central del INPE en Lima el 7 de enero de 2016 conformes y sin observaciones, para que la Dirección de Seguridad se encargue del plan de traslado hacia la sede del INPE Pucallpa, ya no tenía la posibilidad de ejecutar alguna acción para el traslado, sin la participación determinante del INPE, puesto que los bienes ya no se encontraban bajo su control.
80. En criterio de la Árbitro Único, El INPE podía decidir que la entrega no se realice directamente en la sede del INPE Pucallpa, sino que se realice en la Sede Central del INPE en Lima, por motivos de seguridad, y la Dirección de Seguridad del INPE podía establecer el plan de traslado del equipo a la sede del INPE en Pucallpa. Sin embargo, si esto determinara proteger el traslado no puede considerar que dicha postergación origine un incumplimiento y una penalidad al Consorcio.
81. Por todo lo antes expuesto, es claro que el hecho de que las armas de fuego no se hayan encontrado en la sede del INPE Pucallpa sino hasta el 6 de febrero de 2016, no es imputable al Consorcio. La demandante cumplió con actuar de manera diligente y desarrollar sus mayores esfuerzos para cumplir con la entrega en el plazo previsto y en el lugar indicado por el acreedor; sin embargo, por motivos no imputables al Consorcio (plazos excesivos tomados por la SUCAMEC y decisión del acreedor de presentar las armas de fuego en la Sede Central del INPE en Lima), no pudo hacer entrega de los bienes sino hasta el 6 de febrero de 2016.
82. Al respecto, el artículo 1314 del Código Civil dispone que *"Quien actúa con la diligencia ordinaria requerida, no es imputable por la inejecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso"*. En tal sentido, al haber actuado el Consorcio con la diligencia debida y al no serle imputable el retraso en la entrega final de los bienes en el Nuevo Establecimiento penitenciario de Pucallpa, no se puede imputar incumplimiento a la demandante, con lo cual no corresponde aplicar penalidades.

83. En conclusión, en este caso no se han presentado las condiciones para que el INPE se encuentre legitimado a imponer penalidades al Consorcio por concepto de retraso en la ejecución del objeto del Contrato, en la medida que el retraso en la entrega de las armas de fuego en el Nuevo Establecimiento penitenciario de Pucallpa se encuentra justificado en la propia conducta de la entidad y en el excesivo plazo tomado por la SUCAMEC. Por tanto, se debe declarar fundada la Segunda Pretensión Principal del Demandante.

**Sobre la Tercera Pretensión Principal del escrito de demanda:**

84. La Tercera Pretensión Principal, sobre la devolución del monto retenido por concepto de penalidad, está estrechamente vinculada con la Segunda Pretensión Principal, por lo que los argumentos presentados por la demandante y la demandada son fundamentalmente los mismos.
85. Para resolver la **Tercera Pretensión Principal** la Ábitro Único se debe también preguntar de **acuerdo con lo pactado en el Contrato y lo dispuesto en la norma aplicable, ¿en qué casos corresponde aplicar penalidades?**
86. Tal como se desarrolló en el análisis de la Segunda Pretensión Principal, tanto el Contrato como la legislación aplicable prevén la aplicación de penalidades en caso exista un retraso **injustificado** en la entrega de los bienes objeto del Contrato. Cabe destacar que de acuerdo a la cláusula décimo segunda del Contrato, sobre penalidades, el monto máximo que puede ser aplicado por concepto de penalidad equivale al 10% del monto contractual; es decir, equivale a un máximo de S/ 35,630.00 (Treinta y cinco mil seiscientos treinta con 00/100 Soles).
87. **Asimismo, debemos responder si en el presente caso se han generado las condiciones o circunstancias para que corresponda la aplicación de**

**una penalidad al Consorcio.** Igual que en el caso de la pregunta anterior, esta interrogante ha sido absuelta al desarrollar el análisis correspondiente a la Segunda Pretensión Principal. Tal como se concluyó, en ese punto, no se han generado las condiciones para que corresponda aplicar una penalidad por mora al Consorcio en la ejecución del objeto del Contrato, puesto que el retraso no fue injustificado, tal como exige la cláusula décimo segunda del Contrato.

88. **Visto lo anterior procede entonces determinar si corresponde la devolución de los montos retenidos por concepto de penalidad, en función a si las penalidades fueron correctamente aplicadas o no.**
89. Considerando que en la Segunda Pretensión Principal del demandante se ha considerado que ella se debe declarar fundada, corresponde que el INPE devuelva los montos retenidos de la liquidación final por concepto de penalidad, los mismos que ascienden a S/ 35,630.00 (Treinta y cinco mil seiscientos treinta con 00/100 Soles).
90. **Considerando lo desarrollado en este punto y en virtud de lo estipulado en el Contrato y la ley aplicable debemos preguntarnos si corresponde el pago de intereses compensatorios y moratorios a favor del Consorcio.**
91. El Contrato no establece expresamente la aplicación de una tasa de interés en caso de incumplimiento de obligación de dar suma de dinero. En ese sentido, considerando que la Cláusula Décimo Quinta del Contrato dispone que se aplica supletoriamente además de la Ley de Contrataciones con el Estado y su Reglamento, el Código Civil; se debe considerar lo dispuesto en el artículo 1324 de dicho cuerpo normativo:

**"Artículo 1324.-** Las obligaciones de dar sumas de dinero devengan el interés legal que fija el Banco Central de Reserva del Perú, desde el día en que el deudor incurra en mora, sin necesidad de que el acreedor

*pruebe haber sufrido daño alguno. Si antes de la mora se debían intereses mayores, ellos continuarán devengándose después del día de la mora, con la calidad de intereses moratorios."*

92. Así pues, corresponde declarar fundada la Tercera Pretensión Principal de la demanda y el INPE deberá cumplir con el pago de intereses moratorios a favor del Consorcio por el no pago del monto de S/ 35,630.00 (Treinta y cinco mil seiscientos treinta con 00/100 Soles), de acuerdo con la tasa legal fijada por el Banco Central de Reserva del Perú y computados desde la fecha.

#### **Sobre la Cuarta Pretensión Principal del escrito de demanda**

93. Respecto de la Cuarta Pretensión Principal sobre la solicitud de gastos generales, financieros y adicionales por parte del Consorcio, la demandante en su Escrito de Demanda ha señalado, que al no haberse ajustado a Ley la declaración de improcedente del pedido de ampliación de plazo para la entrega al destino final de los bienes materia del presente proceso de selección; se ha dado, la aplicación de la penalidad impuesta, que es materia de controversia y se les ha causado serios perjuicios. No sólo demanda que se disponga la devolución de la penalidad, sino un monto similar por los daños y perjuicios causados, así como el pago de los gastos por los procesos que se han tenido que iniciar, pese a que, según el demandante, han cumplido con todas las prestaciones y exigencias del INPE.
94. De acuerdo con la demandante, los gastos generales, gastos financieros y gastos adicionales, que se vienen generando por causa del INPE, son determinables y deben ser dispuestos a efecto de que ejecución el laudo se disponga su liquidación y pago. Señala que estos gastos son los que se tuvieron que realizar por el traslado del personal del INPE, para realizar su labor de verificación de los bienes entregados, por renovación y ampliación de las cartas fianzas entregadas y así como otros gastos derivados de estas

circunstancias. Los otros gastos que menciona, se traducen en el pago directo que se tuvo que hacer por las penalidades aplicadas conforme al Recibo de Ingreso de Caja No. 004194 del 10 de marzo de 2016 y los Comprobantes de Pago No. 0035898 y 0035897 del 26 de febrero de 2016.

95. Respecto de esta Cuarta Pretensión Principal, la demandada en su Escrito de Contestación de Demanda ha señalado que es una pretensión física y jurídicamente imposibles.
96. Asimismo señala la demandada que en el caso de Cuarta Pretensión Principal, que en una relación contractual las únicas obligaciones que LAS PARTES se pueden exigir son las de tipo contractual. En esa medida, corresponde observar que ninguna de las cláusulas del Contrato suscrito ha estipulado o previsto el reconocimiento o pago de supuestos gastos clasificados unilateralmente bajo la denominación de "gastos generales", "gastos financieros" o "gastos adicionales"; en otras palabras, estos gastos al no ser contractuales no obligan a la contraparte; alegan que se debe tener presente que, de conformidad con la cláusula tercera del Contrato, el monto contractual ha sido pactado (literalmente) a todo costo.
97. Para resolver la **Cuarta Pretensión Principal** la Ábitro Único parte de lo establecido en los puntos controvertidos y se pregunta si **en virtud del Contrato suscrito y a la norma aplicable, ¿Existe sustento para solicitar los gastos que el Consorcio solicita sean asumidos por INPE?**
98. La Cláusula Tercera del Contrato dispone textualmente lo siguiente:  
**"CLÁUSULA TERCERA: MONTO CONTRACTUAL**  
*El monto total del presente contrato asciende a: S/. 356,300.00 (Trescientos cincuenta y seis mil trescientos con 00/100 Soles), a todo costo, incluido el Impuesto General a las Ventas; conforme el desagregado de precios alcanzado por EL CONTRATISTA, a saber: (...)." (Énfasis agregado)*



99. Así pues, el monto pactado por las partes debía prever "todos los costos" necesarios para la ejecución del objeto del Contrato, no existiendo en el Contrato ni en la ley aplicable ninguna disposición que avale el pedido de "gastos financieros", "gastos generales o "gastos adicionales".
100. Por tanto, el Consorcio no ha acreditado sustento suficiente para determinar si corresponde a su favor algún monto por concepto de gastos generales, gastos financieros o gastos adicionales.
101. En caso la respuesta a la pregunta anterior fuera afirmativa cabía preguntarse si el Contratista ha acreditado de manera correcta y suficiente el monto a pagar por los gastos. La respuesta no ha sido afirmativa ha sido negativa. Pero además, debemos destacar que el Consorcio tampoco ha cumplido con acreditar cuáles serían montos que debería asumir el INPE, en caso se determine que es efectivamente el INPE quien debe asumir lo que la demandante denomina "gastos generales", "gastos financieros" y "gastos adicionales".
102. En conclusión, en la medida que no hay base contractual, ni legal, ni la parte demandante ha cumplido con acreditar la cuantía de su pretensión, corresponde declarar infundada la Cuarta Pretensión Principal de la demanda.

**Sobre la Quinta Pretensión Principal del escrito de demanda:**

103. Respecto de la Quinta Pretensión Principal, sobre el pedido de indemnización por concepto de daños y perjuicios a favor del Consorcio, la demandante en su Escrito de Demanda y de Alegatos de fecha 14 de octubre de 2016, ha señalado se le debe el daño por el descuento indebido de las penalidades causadas, el lucro cesante que se ha generado por esta situación y el daño al prestigio de la empresa.



104. La Demandantes afirma que ha quedado demostrada la antijuridicidad en el actuar del INPE por todos los actos arbitrarios que ha descrito, existiendo un nexo causal entre dicho accionar y los daños y perjuicios sufridos por el Consorcio, habiéndose claramente establecido el factor de conexión entre los hechos irregulares realizados por el INPE y los daños sufridos.
105. Indica además la demandante, que el monto que han estimado de daños y perjuicios, asciende a la suma equivalente al 30% del monto total de la contraprestación a favor del contratista, es decir, en la suma de S/. 103,683.30. El Consorcio solicita tener en cuenta que se le obligó a pagar la suma de S/. 35,630.00, se les aplicó una penalidad de S/ 35,630.00, se demoró el pago hasta el mes de marzo de 2016. Ello, no obstante que se había entregado los bienes de forma oportuna y los actos del Estado a partir del 7 de enero de 2016. Señala que se les obligó a cubrir los gastos de traslado de los bienes del INPE sede central al INPE Pucallpa, acompañado de personal del INPE, asumiendo los gastos de personal, viáticos, combustible, y movilidad, además de ello, se les ha causado daño moral a la empresa y representantes y el hecho que experiencia ganada en este proceso no puede ser utilizada, dado que existe con penalidades y no es válida para los procesos de selección con el Estado, lo cual, resta competitividad a la empresa.
106. Respecto de la Quinta Pretensión Principal sobre el pedido de indemnización por concepto de daños y perjuicios a favor del Consorcio, el demandado en su Escrito de Contestación de Demanda, indica que la referida pretensión sobre indemnización por daños y perjuicios por lucro cesante, daño emergente y daño moral generados son pretensiones física y jurídicamente imposibles.
107. En relación a los daños emergentes, lucro cesante y moral, que han sido formulados en forma global y bajo una misma unidad de medida porcentual (30%), indican que, esta pretensión es manifiestamente improcedente. Alegan la alícuota o parte contractual controvertida desde el perfil de las tres primeras



pretensiones solamente representa el 10% del monto contractual. Pues ya el 90% del monto contractual ha sido efectivamente pagado al Contratista; por lo que es física y jurídicamente imposible que el lucro cesante, el daño emergente y/o el daño moral supere o pueda resultar mayor al valor de la parte controvertida.

108. Señalan finalmente que, esta pretensión de daño emergente, lucro cesante y daño moral, es también física y jurídicamente imposible, en tanto y en cuanto, su fórmula global/porcentual impide totalmente el ejercicio del derecho de defensa.
109. Para resolver la **Quinta Pretensión Principal** la Ábitro Único analizará si **corresponde al INPE indemnizar al Consorcio por los daños y perjuicios que habría generado.**
110. **Para ello debe preguntarse si en virtud a la ley aplicable ha quedado acreditada la presencia de los elementos propios de la Responsabilidad Civil. Para tal efecto, el Consorcio debería haber probado que hay un incumplimiento (antijuridicidad) que ha causado un daño y que existe un nexo causal entre el incumplimiento y el daño. Debería también probar el monto del daño que reclama.**
111. Lo cierto es que el Consorcio no ha cumplido con identificar con claridad cuál sería el incumplimiento contractual por parte del INPE. Es decir, no identifica con precisión la conducta que califica de antijurídica y que justificaría una indemnización por daños y perjuicios, por conceptos de daño emergente, lucro cesante y daño moral.
112. El solo hecho de que INPE decidiera postergar el traslado de las municiones a Pucallpa, no constituye en sí mismo un incumplimiento contractual, máxime cuando no consta que haya sido materia de reclamo en su momento.



113. En el supuesto que se pueda considerar que la retención indebida del 10% por concepto de penalidad del monto contractual por parte del INPE como el incumplimiento, no existe nexo causal entre dicho incumplimiento y el daño que invoca la demandante, que es que se les obligó a cubrir los gastos de traslado de los bienes del INPE, sede central al INPE Pucallpa. Es más, el cubrir estos gastos, no calificaría como daño dado que como se ha visto el Consorcio tenía que entregar los bienes en Pucallpa. Y pese al dicho del demandante no hay evidencia de que se haya "visto obligada" a pagar gastos que no le correspondían.
114. Respecto del daño emergente y lucro cesante, el Consorcio no ha cumplido con acreditar de manera fehaciente un daño causado, en la medida que no ha presentado medios probatorios de que efectivamente han sufrido un daño más allá del no pago del 10% del monto contractual, al haberse retenido por concepto de penalidades. Este monto se está ordenando devolverlo con intereses al resolver la Segunda Pretensión Principal.
115. En cuanto al daño moral, el Consorcio sostiene que el mismo consiste en que la experiencia ganada en este proceso no puede ser utilizada dado que existe con penalidades y no es válida para los procesos de selección con el Estado. Sin embargo, al haberse declarado fundada la Segunda Pretensión Principal, queda sin efecto la penalidad y carece de sustento pronunciarse respecto a este posible daño moral, puesto que la experiencia de este proceso sí podrá emplearse para futuras convocatorias.
116. Lo cierto es que el Consorcio no ha acreditado en qué se basa para solicitar el monto que exige. La demandante no ha presentado medios probatorios que acrediten que este monto verdaderamente refleje un daño sufrido, limitándose a sostener que equivale al 30% del monto contractual, lo cual no es útil para efectos de determinar que el daño sufrido asciende a dicha cantidad. En consecuencia esta pretensión debe declararse infundada.



**Respecto al pronunciamiento acerca del pago de las costas y costos del proceso:**

En virtud de lo dispuesto en el artículo 104 del Reglamento del Centro, la Arbitro Único dispone que el INPE deberá asumir dos terceras partes de los gastos y costos que le generó el proceso arbitral a ambas partes como son los honorarios de los árbitros, del Centro de arbitraje, abogados, entre otros debiéndose realizar oportunamente la liquidación.

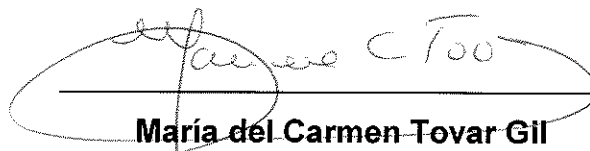
**En base a lo señalado en los puntos anteriores**

**DECLARO:**

- 1. FUNDADA LA EXCEPCIÓN DE CADUCIDAD RESPECTO DE LA PRETENSIÓN NRO. 01 DE LA DEMANDA Y EN CONSECUENCIA IMPROCEDENTE PRONUNCIARSE SOBRE LA AMPLIACIÓN DE PLAZO DENEGADA AL CONSORCIO POR EL INPE.**
- 2. INFUNDADA LA EXCEPCIÓN DE IMPOSIBILIDAD FÍSICA Y JURÍDICA PLANTEADA CONTRA LAS PRETENSIONES NRO. 02 Y NRO. 03 NRO. 04 Y NRO. 05 DE LA DEMANDA.**
- 3. IMPROCEDENTE LA PRIMERA PRETENSIÓN DEL DEMANDANTE AL HABER CADUCADO SU DERECHO DE CUESTIONAR LA APROBACIÓN DE LA AMPLIACIÓN DE PLAZO SOLICITADO PARA LA EJECUCIÓN DE PRESTACIONES.**
- 4. FUNDADA LA SEGUNDA PRETENSIÓN Y POR LO TANTO SE DECLARA QUE LA APLICACIÓN DE PENALIDADES AL CONSORCIO POR SUPUESTO INCUMPLIMIENTO EXTEMPORÁNEO DE PRESTACIONES FUE INDEBIDA.**



5. FUNDADA LA TERCERA PRETENSIÓN Y POR LO TANTO SE ORDENA LA DEVOLUCIÓN DEL MONTO RETENIDO POR CONCEPTO DE PENALIDAD ASCENDENTE AL 10 % DEL MONTO DEL CONTRATO EQUIVALENTE A LA SUMA DE S/ 35,630.00 (TREINTA Y CINCO MIL SEISCIENTOS TREINTA CON 00/100 SOLES), MÁS INTERESES.
6. INFUNDADA LA CUARTA PRETENSIÓN.
7. INFUNDADA LA QUINTA PRETENSIÓN.
8. SE ORDENA QUE LAS DOS TERCERAS PARTES DEL PAGO DE COSTOS, COSTAS, HONORARIOS Y DEMÁS GASTOS ARBITRALES SEAN ASUMIDOS POR LA DEMANDADA.



María del Carmen Tovar Gil  
Árbitro Único