

*Por una solución pronta y eficaz.*

### LAUDO DE DERECHO

Laudo Arbitral de Derecho dictado por el Árbitro Único, Marco Antonio Gutarra Baltazar (en adelante, el “Árbitro”), en la controversia surgida entre INTERSERVICE S.R.L. (en adelante “EL CONTRATISTA”), y la SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE ADMINISTRACIÓN TRIBUTARIA (en adelante, “LA ENTIDAD” o “SUNAT”, indistintamente).

Resolución N° 11.

Huancayo, 29 de Junio de 2010.

#### I. ANTECEDENTES

##### I.1. CONVENIO ARBITRAL

El Convenio Arbitral está constituido por la Cláusula Décimo Tercera del Contrato de Prestación de Servicios: “001-2007-SUNAT/2R1000 PRIMERA CONVOCATORIA” (en adelante, “el Contrato”). En dicha cláusula las partes acuerdan expresamente que cualquier controversia que surja de la ejecución y/o interpretación de dicho Contrato será resuelta mediante arbitraje de derecho, conforme a las disposiciones de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado (en adelante, la “Ley”) y su Reglamento, así como la Ley General de Arbitraje.

##### I.2. SEDE DEL ARBITRAJE UNIPERSONAL

# Corte de Arbitraje

Cámara de Comercio de Huancayo

*Por una solución pronta y eficaz.*

Las instalaciones de la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Huancayo, sito en la avenida Giráldez N° 634 de la ciudad de Huancayo, departamento de Junín, República de Perú.

## **I.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 ejecución del mismo hasta las controversias originadas a partir de ello. Estos hechos han sido elaborados teniendo en cuenta los documentos presentados por las partes así como lo alegado por las partes 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.

1. Que, con fecha 20 de Noviembre de 2007, la SUNAT convocó a Concurso Público N° 0001-2007-SUNAT/2R1000 – Primera Convocatoria, con el objeto de contratar a una persona natural y/o jurídica para que, con personal exclusivo para la Entidad, realice el servicio de recojo y entrega de notificaciones, dirigidos a destinatarios con domicilio dentro del departamento de Huanuco y provincias de Daniel Alcides Carrión y Pasco del departamento de Pasco.
2. Que, el Contratista obtuvo la Buena Pro del referido proceso de selección (adjudicación de la Buena Pro), con su propuesta ascendente a S/.196,185.96, que incluye los impuestos de ley.
3. Que, con fecha 24 de Enero de 2008 las partes suscribieron el Contrato.
4. Que, durante la ejecución del Contrato el Contratista retardó la notificación de los documentos para su notificación, así como de retardar la devolución de los cargos de recepción de dichos documentos.
5. Que, asimismo, la Entidad, durante la ejecución del Contrato, aplicó las penalidades a las que se refiere el artículo 222° del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado.

2

# Corte de Arbitraje

Cámara de Comercio de Huancayo

*Por una solución pronta y eficaz.*

## I.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.

1. Que, con fecha 22 de Octubre de 2010, mediante escrito, el Contratista solicitó el inicio de las actuaciones arbitrales.
2. Que, con fecha 30 de Octubre de 2010, mediante Carta N° 001-SAU-012-2009-CA/CCH, se comunicó la solicitud de arbitraje a la Entidad.
3. Que, con fecha 28 de Octubre de 2009, mediante Carta, el Contratista determinó el domicilio procesal de notificación.
4. Que, con fecha 06 de Noviembre de 2009, mediante escrito, la SUNAT se apersonó al proceso arbitral.
5. Que, con fecha 09 de Noviembre de 2009, mediante Carta N° 002-SAU-012-2009-CA/CCH, la Secretaría General de la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Huancayo (en adelante, la Corte), dio a conocer la designación como árbitro al Dr. Marco Antonio Gutarra Baltazar.
6. Que, con fecha 09 de Noviembre de 2009, mediante Carta, el Dr. Marco Antonio Gutarra Baltazar dio a conocer su aceptación al encargo de arbitrar al Secretario General de la Corte.
7. Que, con fecha 09 de Noviembre de 2009, mediante Carta N° 003-SAU-012-2009-CA/CCH, la Secretaría General de la Corte dio a conocer a la SUNAT la aceptación del árbitro único, así como de la citación a la instalación del arbitraje unipersonal.
8. Que, con fecha 09 de Noviembre de 2009, mediante Carta N° 004-SAU-012-2009-CA/CCH, la Secretaría General de la Corte dio a conocer al Contratista la aceptación del árbitro único, así como de la citación a la instalación del arbitraje unipersonal.
9. Que, con fecha 12 de Noviembre de 2009, se llevó a cabo la diligencia de Instalación del Arbitraje Unipersonal ante la concurrencia de los comprometidos.



3

# Corte de Arbitraje

## Cámara de Comercio de Huancayo

*Por una solución pronta y eficaz.*

10. Que, con fecha 14 de Noviembre de 2009, mediante Carta, el Contratista dio conocer el cambio de domicilio legal (procesal) al Árbitro.
11. Que, con fecha 16 de Noviembre de 2009 se emite la resolución 01, en la cual se dispone la variación del domicilio procesal del Contratista.
12. Que, con fecha 26 de Noviembre de 2009, mediante escrito 1), da cuenta del pago de los gastos arbitrales correspondientes.
13. Que, con fecha 12 de Diciembre de 2009, mediante escrito, el Contratista presenta su demanda contra la SUNAT.
14. Que, con fecha 14 de Diciembre de 2009, se emite la resolución 02, en la cual se dispone la admisión a trámite de la demanda, así como su traslado a la Entidad.
15. Que, con fecha 30 de Diciembre de 2009, mediante escrito, la Entidad contesta la demanda dada en traslado.
16. Que, con fecha 04 de Enero de 2009, mediante escrito, la SUNAT subsana la omisión advertida en el escrito de contestación de demanda.
17. Que, con fecha 05 de Enero de 2010, se emite la resolución 03, en la cual se dispone dar por subsanada la omisión, admitir a trámite la contestación de demanda, así como su conocimiento al Contratista.
18. Que, con fecha 06 de Enero de 2010, se emite la resolución 04, en la cual se dispone otorgar a las partes tres días hábiles para la presentación de sus propuestas de puntos controvertidos, así como de citar a la Audiencia de Determinación de Puntos Controvertidos.
19. Que, con fecha 11 de Enero, mediante Carta, el Contratista comunica al árbitro el cambio de domicilio (procesal).
20. Que, con fecha 12 de Enero de 2010, mediante escrito, la Entidad presenta su propuesta de puntos controvertidos.
21. Que, con fecha 12 de Enero de 2010, mediante escrito, el Contratista presenta su propuesta de puntos controvertidos.
22. Que, con fecha 12 de Enero de 2010, mediante escrito, el Contratista contesta la reconvencción.

# Corte de Arbitraje

Cámara de Comercio de Huancayo

*Por una solución pronta y eficaz.*

23. Que, con fecha 14 de Enero de 2010, mediante escrito, el Contratista subsana la omisión del escrito presentado el 12 de Enero de 2010, adjuntando la documentación correspondiente.
24. Que, con fecha 18 de Enero de 2010, se lleva a cabo la Audiencia de Determinación de puntos controvertidos, en cuya Acta se dispone lo siguiente:
- a. La notificación, en tal acto, de los escritos que presentan las propuestas de puntos controvertidos de ambas partes.
  - b. Determinar los siguientes puntos controvertidos:
    - i. Determinar si corresponde o no que la SUNAT aplique la sanción administrativa de penalidades sobre las facturas de pago correspondientes al mes de Agosto y Setiembre del 2009<sup>1</sup>, de acuerdo a lo dispuesto por la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, aprobada por Decreto Supremo N° 083-2004-PCM, y su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N 084-2004-PCM.
    - ii. Determinar si, como consecuencia de ello, corresponde o no el pago de parte de la SUNAT a favor de INTERSERVICE S.R.L. la suma de S/.44,536.58 por concepto de penalidades, como cálculo de adecuado por dicho concepto.
    - iii. Determinar si corresponde o no el pago de parte de la SUNAT a favor de INTERSERVICE S.R.L. de los intereses legales dejados de pagar conforme lo establece el artículo 49° de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, segundo párrafo del artículo 238° del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado y concordado con lo establecido en el artículo 1244° del Código Civil.
    - iv. Determinar si INTERSERVICE S.R.L., ha incumplido con las obligaciones derivadas del contrato de prestación de servicios: 001-2007-SUNAT/2R1000 PRIMERA CONVOCATORIA suscrito entre INTERSERVICE S.R.L. y la SUNAT.

<sup>1</sup> Existe un error material de redacción sobre los meses expresados en dicho punto, por lo que este Tribunal Único de oficio corrige, entendiéndose de todos los escritos presentados por las partes, que los meses correctos son: De Marzo del año 2008 hasta Julio del año 2009.

# Corte de Arbitraje

## Cámara de Comercio de Huancayo

*Por una solución pronta y eficaz.*

- c. Dar traslado en tal acto, de los escritos presentados por el Contratista el 12 y 14 de Enero de 2010, por un plazo de cinco días hábiles.
25. Que, con fecha 21 de Enero de 2010, mediante escrito, el Contratista establece precisiones al Acta de la Audiencia de Determinación de Puntos Controvertidos.
26. Que, con fecha 26 de Enero de 2010, se notifica la resolución 05, la cual dispone la variación del domicilio procesal del Contratista, así como el traslado a la SUNAT del escrito presentado el 21 de Enero de 2010; esto es, por tres días hábiles.
27. Que, con fecha 25 de Enero de 2010, mediante escrito, la Entidad absuelve el traslado al que se refiere el Acta de Audiencia de Determinación de Puntos Controvertidos.
28. Que, con fecha 29 de Enero de 2010, mediante escrito, la Entidad absuelve el traslado hecho mediante resolución 05.
29. Que, con fecha 29 de Enero de 2010, se emite la resolución 06, la cual dispone citar a las partes a una Audiencia Especial de Ilustración, así como de tener en consideración los escritos presentados por el Contratista y la SUNAT el 12 y 14 de Enero de 2010, y el 25 de Enero de 2010, respectivamente.
30. Que, con fecha 10 de Febrero de 2010, se lleva a cabo la Audiencia Especial de Ilustración, en cuya Acta se aclara el punto controvertido 2) del Acta de Audiencia de Determinación de Puntos Controvertidos en la siguiente forma:
- a. "2. Determinar si, como consecuencia de ello, corresponde o no el reembolso de parte de la SUNAT a favor de INTERSERVICE S.R.L. de la suma de S/.44,536.58, por concepto de penalidades, como cálculo adecuado por dicho concepto."
  - b. Asimismo, se fija la fecha para la realización de la Audiencia de Informes Orales, así como para la presentación de los escritos de alegatos por las partes.
31. Que, con fecha 15 de Febrero de 2010, mediante Carta N° 004-SAU-012-2009-CA/CCH, la Secretaría Arbitral de la Corte dispone que la SUNAT acredite el pago de los gastos arbitrales.
32. Que, con fecha 19 de Febrero de 2010, mediante Carta N° 098-2010-SUNAT/2R0400, la Entidad comunica a la Secretaría Arbitral la acreditación de los gastos arbitrales asumidos.



6

# Corte de Arbitraje

## Cámara de Comercio de Huancayo

*Por una solución pronta y eficaz.*

33. Que, con fecha 05 de Marzo de 2010, mediante escrito, el Contratista presenta su escrito de alegatos.
34. Que, con fecha 05 de Marzo de 2010, mediante escrito, la Entidad presenta su escrito de alegatos.
35. Que, con fecha 05 de Marzo de 2010, se llevó a cabo la Audiencia de Informes Orales, en la cual se dispuso:
- a. Grabar la Audiencia de Informes Orales.
  - b. Dar conocimiento de los escritos de alegatos ofrecidos a ambas partes.
  - c. Otorgar el uso de la palabra al representante del Contratista.
  - d. Otorgar el uso de la palabra al representante de la Entidad.
  - e. Otorgar el uso del derecho de réplica al Contratista.
  - f. Otorgar el uso del derecho de réplica a la Entidad.
  - g. Realización de preguntas de parte del Árbitro a ambas partes.
36. Que, con fecha 05 de Marzo de 2010, se emitió la resolución 07, la cual dispone requerir a las partes el pago de nuevos anticipos de honorarios.
37. Que, con fecha 17 de Marzo de 2010, el Contratista solicita la reconsideración de la resolución 07.
38. Que, con fecha 18 de Marzo de 2010, se emitió la resolución 08, la cual dispone el traslado del escrito presentado por el Contratista -el 17 de Marzo de 2010- a la SUNAT, por el plazo de tres días hábiles.
39. Que, con fecha 23 de Marzo de 2010, mediante escrito, la Entidad absuelve el traslado hecho mediante resolución 08.
40. Que, con fecha 29 de Marzo de 2010, se emitió la resolución 09, la cual dispone declarar infundada la reconsideración formulada por la SUNAT, y proceder al recálculo de los gastos arbitrales fijados en la resolución 07. Asimismo, se dispone requerir a las partes el pago de los nuevos anticipos de los gastos arbitrales determinados, así como de tener por presentados los medios probatorios ofrecidos por el Contratista y la Entidad en sus escritos del 17 y del 23 de Marzo de 2010, respectivamente.

 7

# Corte de Arbitraje

## Cámara de Comercio de Huancayo

*Por una solución pronta y eficaz.*

41. Que, con fecha 08 de Abril, mediante Carta N° 006-SAU-012-2009-CA/CCH, la Secretaría Arbitral remite los comprobantes de pago del Árbitro y de la Cámara de Comercio de Huancayo a la Entidad, así como de los números de cuentas bancarias de los mismos.
42. Que, con fecha 12 de Abril de 2010, mediante escrito, la Entidad acredita el pago de los nuevos anticipos de gastos arbitrales determinados.
43. Que, con fecha 13 de Abril de 2010, mediante escrito, la Entidad acredita el pago de los nuevos anticipos de gastos arbitrales determinados.
44. Que, con fecha 14 de Abril de 2010, mediante escrito, el Contratista solicita plazo para pago de los nuevos anticipos de los gastos arbitrales determinados.
45. Que, con fecha 28 de Abril de 2010, se emite la resolución 10, la cual dispone tener por pagados los nuevos anticipos de gastos arbitrales determinados, así como fijar como fecha para la emisión del Laudo Arbitral el día 11 de Junio de 2010.
46. En tal sentido el presente proceso se encuentra expedito para ser laudado, lo cual se realiza en este acto, de acuerdo a los siguientes fundamentos.

### **DECLARACIÓN PREVIA**

El árbitro único para resolver los puntos controvertidos, podrá modificar el orden de ellos, unirlos o tratarlos por separado, de acuerdo a la finalidad que es la de fijar la verdad material y declararla conforme a los hechos producidos. El árbitro único declara haber revisado todos y cada uno de los medios probatorios presentados por las partes, analizándolos y adjudicándoles el mérito que les corresponde aun cuando en el laudo no se haga mención expresa a alguno o algunos de ellos o el valor probatorio asignado.

En consecuencia, habiéndose cumplido con los presupuestos procesales y no existiendo vicio alguno al respecto que afecte la validez del proceso, el cual se ha desarrollado cumpliendo todas sus etapas.

El árbitro único emite el laudo correspondiente conforme a los siguientes términos:

8

# Corte de Arbitraje

Cámara de Comercio de Huancayo

*Por una solución pronta y eficaz.*

## II. ANÁLISIS DE LAS PRETENSIONES DEMANDADAS POR EL CONTRATISTA

### II.1. PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL:

*“Determinar si corresponde o no que la SUNAT aplique la sanción administrativa de penalidades sobre las facturas de pago correspondientes del mes de Marzo del 2008 hasta Julio del 2009<sup>2</sup>, de acuerdo a lo dispuesto por la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, aprobada por Decreto Supremo N° 083-2004-PCM, y su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 084-2004-PCM.”*

#### A. POSICIONES DE LAS PARTES: POSICION DE EL CONTRATISTA.

1. Que, EL CONTRATISTA alega que hubo incumplimiento de las obligaciones contractuales a su cargo, por lo que la aplicación de penalidades es válida, no obstante el cálculo de éstas resulta inadecuado e inconsistente al ser desproporcionadas e irrazonables, ya que en muchos casos estas superan en exceso el 10% máximo que fija el artículo 222° de Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, configurándose un abuso de derecho. Al respecto EL CONTRATISTA ha indicado expresamente lo siguiente:  
“En la ejecución del contrato, la Entidad está aplicando diferentes criterios y métodos para la aplicación de las penalidades por mora en el servicio, sin tener en consideración los límites que fija la ley D.S. N°03-2004-PCM y su Reglamento aprobado por D.S. 084-2004-PCM (aplicables al caso) cuyo espíritu de aplicación regula la aplicación de penalidades en forma razonable y congruente con la prestación a cargo del contratista, lo que no ocurre en nuestro caso, ya que la Entidad en su afán de asfixiarnos económicamente ha incurrido en un evidente acto de abuso de poder al confiscar nuestra facturación en forma íntegra por los servicios de Diciembre -2008 y Enero del 2009 vía penalidades por mora en el

<sup>2</sup> Texto corregido. Véase el pie de página número 1 del presente Laudo.

# Corte de Arbitraje

## Cámara de Comercio de Huancayo

*Por una solución pronta y eficaz.*

servicio, la misma que es materia de reclamo y que hasta el momento no es atendido ni menos aclarado”.

2. Así mismo, EL CONTRATISTA en la parte final de su escrito de demanda a manera de conclusión señala lo siguiente:

**“1.- Cobro excesivo en la aplicación de penalidades.-** Conforme hemos expresado en el Numeral IV referido al cobro excesivo y desproporcionado de penalidades, como resultado de la inadecuada interpretación del artículo 222° del Reglamento apartándose en tomo momento de lo normado y aplicándonos penalidades excesivas que incluso superan el máximo permitido por la Ley (10%); por lo que solicitamos se efectúe un recalcule de las penalidades por mora en el servicio observando las limitaciones y criterios establecidos en el artículo 222° (...)”

3. En tal sentido, EL CONTRATISTA fundamenta su pretensión con las diferentes facturaciones que van desde el mes de marzo del 2008 al mes de julio del 2009 y las correspondientes notas de debito adjuntas a las mismas, ambas obrante en autos.

4. Finalmente, EL CONTRATISTA en su escrito presentado el 21 de enero del 2010, en la última parte del punto número 1 precisa a modo de conclusión lo siguiente:

“Cabe precisar que recurrimos a su Despacho NO para eludir la acción de la determinación de la aplicación de penalidades; sino solicitamos esclarecer –a través de su Despacho- la forma o la metodología de su aplicación”. Recalca el mismo criterio en el tercer párrafo del punto número dos del mismo escrito lo siguiente: “La demandada en su afán de desvirtuar nuestra pretensión está induciendo a error a su Despacho al indicar reiterativamente que mi representada pretende que la penalidades le sean aplicadas, lo que no es cierto. **Mi representada acude a su Despacho para determinar la correcta aplicación de lo estipulado por Ley, no para eludirla sino para someterse dentro de la legalidad.**”

*Por una solución pronta y eficaz.*

## B. POSICIONES DE LAS PARTES: POSICION DE LA ENTIDAD

1. Que, LA ENTIDAD alega que el contratista ha venido actuando con alto grado de incumplimiento del servicio prestado, hecho que ha causado perjuicio a la Administración Tributaria y que el cálculo de la aplicación de penalidades ha sido adecuada y no resultan excesivas siendo proporcionales y razonables sujetándose en base a criterios dispuestos por el Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, el Contrato y las Bases Administrativas. Al respecto LA ENTIDAD, en el octavo punto de su contestación a la demanda señala expresamente lo siguiente:  
“En cuanto a la presunta desproporción en la aplicación de penalidades, referimos que conforme a las normas de contratación del Estado vigentes antes del año 2009 que está regido por el D.S. N° 084-2004-PCM, corresponde aplicar el artículo 222° del Reglamento del indicado dispositivo a todos los casos y en forma automática, aún así no se hubiera establecido en las bases y/o en el contrato, puesto que la norma tiene carácter imperativo no pudiendo cambiarse ya sea vía bases, contrato o interpretación”.
2. En similar sentido LA ENTIDAD, en el tercer punto de su escrito de alegato, señala:  
“De otro lado, en cuanto la discrepancia planteada por la demandante respecto de la presunta existencia de exceso en la aplicación de penalidades, debemos precisar que esta parte (con documentación que fuera anexada al escrito de contestación de demanda arbitral) ha acreditado de manera indubitable que, como primera premisa, se tiene que la accionante no ha cumplido cabalmente del servicio objeto del contrato no sólo por la demora y vencimiento en exceso de los plazos que el contrato lo otorgaba para cumplir con la notificación de la documentación entregada por SUNAT, sino por existir un alto nivel de incumplimiento del servicio contratado en lo que respecta a la devolución oportuna de los documentos que integran el pedido de servicio, excediéndose en demasía los plazos otorgados en el contrato suscrito”  
(...) (lo subrayado es nuestro).

*Por una solución pronta y eficaz.*

3. En ese mismo orden de ideas LA ENTIDAD, en el cuarto punto de su escrito de alegato sostiene:

“Sostenemos que la determinación de penalidades se encuentra absolutamente justificada y se encuentra enmarcada en los parámetros legales aplicable al contrato suscrito entre la demandante y la SUNAT, parámetros legales que resultan ser los artículos 222° y 223° del D.S. 081- 2004-PCM, por cuanto, conforme se señala en la Clausula Segunda del Contrato suscrito, las bases del proceso de selección forman parte del contrato en mención, siendo así, en el tema de penalidad corresponde también remitirnos a las bases; siendo así el numeral 13 de los Términos de Referencia (anexo N° 5 de las Bases) establece distintas penalidades según el supuesto en el cual incurra la demandante; tal como lo describe el punto 2 del numeral 13 que establece lo siguiente:

**“En caso de incumplimiento de los plazos establecidos para la devolución de los documentos que integran el pedido de servicio, se aplicará por cada día calendario de atraso, una penalidad del 10% del monto del pedido de servicio que debió de ejecutarse”.**

(lo subrayado es nuestro)

4. Finalmente en relación a las penalidades LA ENTIDAD, en el quinto punto de su escrito de alegato señala lo siguiente:

“Acorde a lo descrito en el punto precedente, reafirmamos la validez y legalidad de la aplicación de penalidades realizada por nuestra representada, **más aún cuando en lo que respecta a la devolución de documentos, la demandante generó un alto nivel de incumplimiento llegando a superar en algunos casos el monto facturado”.** (lo subrayado es nuestro)

### C. DECISIÓN DEL ÁRBITRO ÚNICO

#### C.1 MARCO CONCEPTUAL PARA EL ANALISIS DE LA PRETENCION PRINCIPAL

Antes de iniciar el análisis y desarrollo de la pretensión en cuestión, este Tribunal Arbitral Unipersonal considera pertinente delimitar, brevemente, el marco conceptual que será

# Corte de Arbitraje

Cámara de Comercio de Huancayo

*Por una solución pronta y eficaz.*

aplicado a lo largo de varios de los extremos del presente Laudo y que, asimismo, servirá como base fundamental para la decisión final del mismo.

***Respecto al establecimiento de penalidades por incumplimiento tardío de obligaciones contractuales.***

En efecto, nos referimos al análisis del artículo 222° del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado:

*“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 contractual o, de ser el caso, del ítem, tramo, etapa o lote que debió ejecutarse o de la prestación parcial en el caso de ejecución periódica...”*

En las primeras líneas del artículo citado, se establece de manera clara que, por cada día de atraso en la obligación del contrato, la entidad aplicará una penalidad diaria; pues bien, entendamos en éste extremo, que tal penalidad expuesta está determinada por el concepto de Mora, siendo por ello necesaria conocer con precisión éste término.

Abeliuk<sup>3</sup> define la mora como el retardo imputable en el cumplimiento de una obligación. Forma parte del período denominado RETARDO (demora o atraso) en el cumplimiento de la prestación.

Mora también, está definido como el retraso parcial o total, continuado y acumulativo en el cumplimiento de prestaciones consistentes en la entrega de bienes, servicios o ejecución de obras sujetos a cronogramas y calendarios contenidos en las bases y/o contratos<sup>4</sup>.

<sup>3</sup> Rene Abeliuk Manasevich “Las Obligaciones” Tomo II Chile- 2002 pág. 868.

<sup>4</sup> Anexo de definiciones del D.S. N° 184-2008-EF, Reglamento del D. Leg. N° 1017 que aprobó la Ley de Contrataciones del Estado, numeral 32.

# Corte de Arbitraje

## Cámara de Comercio de Huancayo

*Por una solución pronta y eficaz.*

Continuando con el análisis del artículo 222° del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, esta norma también presupone un límite a la aplicación de la penalidad por mora, por lo que el monto máximo a aplicarse no deberá exceder el 10% del monto contractual, que para el presente caso, el monto contractual está referido al monto mensual facturado, por la naturaleza que reviste el servicio brindado y por disposición en la cláusula octava del contrato.

### ***Respecto al establecimiento de otras penalidades***

Ahora atendiendo, al análisis del artículo 223° del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado:

*En las Bases o el contrato se podrán establecer penalidades distintas a la mencionada en el artículo precedente, siempre y cuando sean razonables y congruentes con la prestación a cargo del contratista.*

Bajo este enunciado, se señala la posibilidad de establecer otras penalidades; sin embargo, las mismas deberán ser aplicadas bajo condiciones distintas a las ya señaladas en el artículo 222° del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado. Este Tribunal Unipersonal cree por conveniente tener en consideración los pronunciamientos de la Gerencia Técnica Nacional de CONSUCODE (Ahora OSCE) al respecto de la aplicación de estas otras penalidades:

9-2004-GTN: "Doble penalidad.- las bases no pueden disponer la aplicación del Reglamento y establecer a la vez penalidades por incumplimiento tardío de obligaciones contractuales, toda vez que estaría incurriendo en una doble penalidad, asimismo deberá suprimir la penalidad impuesta al supuesto de aquella que deriva en

# Corte de Arbitraje

## Cámara de Comercio de Huancayo

*Por una solución pronta y eficaz.*

la resolución de los contratos, puesto que ello tiene como consecuencia la ejecución de la garantía de fiel cumplimiento"...asimismo el Comité Especial deberá corregir las bases suprimiendo todos aquellos supuestos, incluidos el mencionado, en los cuales se produzca una doble penalidad."<sup>5</sup>

**186-2003-GTN: "Otro tipo de penalidades.-** el reglamento prevé las penalidades por retraso en el cumplimiento de las prestaciones a cargo del contratista, razón que valida a que la Entidad establezca otro tipo de penalidades para sancionar el incumplimiento de las diversas obligaciones a su cargo distintas al retraso..."<sup>6</sup>

**146-2005-GTN: "Doble penalidad.-** penalidad por incumplimiento del contrato. El numeral 7.1.2 de la proforma del contrato ha establecido que la entidad aplicará, además de la penalidad prevista en el artículo 222° del reglamento, una penalidad por incumplimiento del contrato equivalente al 5% del monto total del contrato. Sin embargo, no se ha señalado ante que incumplimiento se aplicará tal penalidad, limitándose a señalar que dicha penalidad es distinta a la prevista en la penalidad por mora."<sup>7</sup>

En atención a lo esgrimido por la GTN, este Tribunal Unipersonal considera que el artículo 223° del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado esta dirigido al establecimiento de penalidades por otras razones de incumplimiento contractual que no estén relacionadas con el retardo en la ejecución de contrato, es decir, siempre que estas sean distintas a las ya establecidas en el artículo 222° del mismo reglamento, es decir, distintas a las penalidades por Mora.

<sup>5</sup> Alejandro Álvarez Pedroza "Comentarios a la nueva Ley y Reglamento de Contrataciones del Estado" vol. II Marzo 2009 1° Edición.

<sup>6</sup> *Ibidem*

<sup>7</sup> *Ibidem*

*Por una solución pronta y eficaz.*

### C.2. ANALISIS DE LA PRIMERA PRETENSIÓN

Pues bien, entrando al análisis concreto de la primera pretensión principal, éste Tribunal Unipersonal después de una lectura cuidadosa de las posiciones de las partes, aprecia que ambas partes coinciden en que la aplicación de las penalidades por incumplimiento contractual, debe establecerse de acuerdo a lo previsto en la Cláusula Octava del Contrato que establece lo siguiente: “Si la Empresa incurriera en retraso injustificado en la ejecución de la prestación materia del presente contrato, LA SUNAT le aplicará una penalidad por cada día de atraso hasta por un monto máximo equivalente al diez por ciento (10%) del monto mensual facturado, según lo establecido en el artículo 222° de EL REGLAMENTO. Siendo el OBJETO del CONTRATO el establecido en la clausula Segunda: “Por el presente documento, LA EMPRESA se obliga con la SUNAT a prestar el servicio de recojo y entrega de notificaciones para las dependencias de la SUNAT en los Departamento de Huánuco y Provincias de Daniel Alcides Carrión y Pasco del Departamento de PASCO según lo establecido en las Bases del referido Proceso de Selección que como Anexo N° 1, forman parte integrante del presente contrato (...)”

Sin embargo, considera que la principal controversia se refiere a la discrepancia de las penalidades aplicadas por mora en la ejecución del contrato al CONTRATISTA por parte de SUNAT, prevista en el punto 2 del numeral 13 de las Bases que establece lo siguiente: “En caso de incumplimiento de los plazos establecidos para la devolución de los documentos que integran el pedido de servicio, se aplicará por cada día calendario de atraso, una penalidad del 10% del monto del pedido de servicio que debió de ejecutarse, las mismas que se refieren del mes de Marzo del 2008 hasta el mes de Julio 2009. Esta apreciación es corroborada por la propia ENTIDAD, cuando sostiene en lo que respecta a la DEVOLUCIÓN DE DOCUMENTOS, la demandante generó un alto nivel de incumplimiento llegando a superar en algunos casos el monto facturado.”

En consecuencia, este Tribunal Unipersonal considera indispensable dilucidar si la causal de incumplimiento contractual prevista en las Bases se encuentra o no arreglada a Ley.

*Por una solución pronta y eficaz.*

Ahora bien, se observa que no sólo el numeral 2 sino también los numerales 1 y 4 del numeral 13 de los términos de referencia que forman parte de las Bases Integradas y éstas, a su vez forman parte del Contrato; se describen distintas situaciones, revestidas como causales para la aplicación de penalidades al CONTRATISTA, dirigiéndose todas ellas al incumplimiento de obligaciones **por retardo o retraso**, configurándose de tal manera lo ya referido en el marco conceptual previo por la GTN; **una doble penalidad**.

Por tanto, este Tribunal unipersonal, en este extremo, estima que las causales de penalidad descritas en los subnumerales 2, 1 y 4 del numeral 13 de los términos de referencia contravienen lo dispuesto en el artículo 223° del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, consecuentemente las mismas no forman parte en el cálculo de las penalidades aplicadas al CONTRATISTA.

## II.2. SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL:

*"2. Determinar si, como consecuencia de ello, corresponde o no el reembolso de parte de la SUNAT a favor de INTERSERVICE S.R.L. de la suma de S/.44,536.58, por concepto de penalidades, como cálculo adecuado por dicho concepto."*

### A. POSICIONES DE LAS PARTES: POSICION DE EL CONTRATISTA

1. Que, el Contratista alega que la aplicación de penalidades excede el porcentaje máximo dispuesto por el Reglamento, siendo que en algunos casos la aplicación de penalidad versa sobre 120% o 310% del monto pedido facturado.
2. Que, en ese sentido el Contratista dispone que el cálculo adecuado por penalidades asciende a la suma de S/.10,475.11, el cual se constituye en el 10% que dispone el Reglamento.



*Por una solución pronta y eficaz.*

### B. POSICIONES DE LAS PARTES: POSICION DE LA ENTIDAD

1. Que, la Entidad demandada alega que el monto aplicado como penalidad por incumplimiento de las obligaciones contractuales a cargo del Contratista asciende a la suma de S/.55,478.66, monto calculado en base al Reglamento, el Contrato y las bases administrativas.

### C. DECISIÓN DEL ÁRBITRO ÚNICO

#### C.1 ANALISIS DE LA SEGUNDA PRETENSION

Sobre el análisis de la segunda pretensión, éste Tribunal Unipersonal considera que la principal controversia en este punto, se refiere si corresponde o no el reembolso de parte de la SUNAT a favor de INTERSERVICE S.R.L. de la suma de S/.44,536.58, por concepto de penalidades, como cálculo correcto y adecuado por dicho concepto.

Este Tribunal Unipersonal, aprecia de todo lo actuado en el proceso arbitral, que el monto de S/.44,536.58 solicitado por el Contratista, como reembolso por exceso en la aplicación de las penalidades impuestas por SUNAT, no revelan con claridad ni exactitud el ser de dicha autoliquidación, puesto en la revisión de todos los anexos presentados por el demandante, no se establece la formula de aplicación para concluir en el monto por mes facturado penalizado, que es objeto de la pretensión, determinando solo montos que no indican su origen.

Es evidente que la SUNAT ha aplicado penalidades no acordes a lo estipulado por el Decreto Supremo N° 084-2004, éstas han desbordado el límite permitido por la norma. Por cuanto el Tribunal Unipersonal, por razón a lo apreciado, a continuación realiza una liquidación de penalidades en aplicación al artículo 222° del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado.



# Corte de Arbitraje

Cámara de Comercio de Huancayo

Por una solución pronta y eficaz.

MES FACTURADO	MONTO FACTURADO	PENALIDAD MAXIMA DE APLICAR SEGÚN 22º DEL D.S. 084-2004 (10%)	PENALIDAD APLICADA POR SUNAT	PENALIDAD EN EXCESO
Marzo 2008	10,318.66	1,031.86	3,449.80	2,417.94
Abril 2008	6,980.12	698.01	698.01	0.00
Mayo 2008	3,014.08	301.40	294.41	0.00
Junio 2008	5,124.01	512.40	512.40	0.00
Julio 2008	8,091.82	809.18	809.18	0.00
Agosto 2008	5,282.74	528.27	527.29	0.00
Setiembre 2008	10,092.47	1,009.24	1,009.25	0.01
Octubre 2008	16,237.40	1,623.74	1,623.74	0.00
Noviembre 2008	8,525.77	852.57	852.58	0.01
Diciembre 2008	4,064.53	406.45	3,448.62	3,042.17
Enero 2009	9,684.08	968.40	9,542.07	8,573.67
Febrero 2009	11,503.43	1,150.34	633.41	0.00
Marzo 2009	6,907.99	690.79	1,170.00	479.21
Abril 2009	8,597.02	859.70	2,610.32	1,750.62
Mayo 2009	9,293.84	929.38	3,796.75	2,867.37
Junio 2009	10,475.11	1,047.51	4,793.65	3,746.14
Julio 2009	25,680.03	2,568.00	19,707.18	17,139.18

**Total**

**Penalidad 40,016.32  
en exceso.**

Del presente cuadro, se aprecia que en varios de los periodos, materia de controversia en el proceso arbitral, como se ha concluido, existen excesos en la aplicación de las penalidades,

# Corte de Arbitraje

## Cámara de Comercio de Huancayo

*Por una solución pronta y eficaz.*

por lo que en estos periodos, se ha dispuesto en base a la norma referida la aplicación de la penalidad máxima, el 10% del monto del mes facturado.

Por otro lado, existen periodos en los cuales se han aplicado penalidades en las cuales no se han transgredido a lo reglamentado al artículo 222° del Decreto Supremo N° 084-2004, siendo éstas consideradas para el cálculo de las penalidades aplicadas al Contratista.

Consecuentemente, este Tribunal Unipersonal considera que existe un exceso de penalidades aplicadas a LA CONTRATISTA por un monto de S/. 40,016.32 (CUARENTA MIL DIECISEIS, CON 32/100 NUEVOS SOLES). Monto que deberá ser reembolsado a la CONTRATISTA por parte de la ENTIDAD.

### II.3. TERCERA PRETENSIÓN PRINCIPAL:

*“Determinar si corresponde o no el pago de parte de la SUNAT a favor de INTERSERVICE S.R.L. de los intereses legales dejados de pagar conforme lo establece el artículo 49° de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, segundo párrafo del artículo 238° del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado y concordado con lo establecido en el artículo 1244° del Código Civil.”*

#### A. POSICIONES DE LAS PARTES: POSICION DE EL CONTRATISTA

1. Que, el Contratista solicita el pago de los intereses legales generados al amparo del artículo 49° de la Ley y el artículo 238 del Reglamento por el monto dejado de pagar, por retraso imputable a la Entidad, sin que exista ninguna causal atribuible al caso fortuito o a la fuerza mayor que pueda dispensar de responsabilidad la SUNAT por el retraso en el pago de las facturas.



20

*Por una solución pronta y eficaz.*

## B. POSICIONES DE LAS PARTES: POSICION DE LA ENTIDAD

1. Que, la Entidad alega que la demora en el pago de las facturas giradas por el Contratista se debe a que ésta presentó en algunos casos de forma tardía la liquidación y facturación correspondiente, así como por la demora en la implementación del pago centralizado a través del SIAF, el cual depende del Ministerio de Economía y Finanzas y no de la SUNAT, siendo que al hecho se constituye como un atraso debido a la fuerza mayor de las circunstancias y debiendo ser una causal de exoneración de responsabilidad según lo dispuesto por el artículo 49° de la Ley.

## C. DECISIÓN DEL ÁRBITRO ÚNICO

### C.1 ANALISIS DE LA TERCERA PRETENSION

En el análisis de la tercera pretensión, éste Tribunal Unipersonal considera que la principal controversia en este extremo, se refiere a determinar si la demora en el pago por los servicios prestados de INTERSERVICE S.R.L. a SUNAT, por circunstancias a que el pago se encuentra centralizado a través del SIAF, el cual depende del Ministerio de Economía y Finanzas; corresponde a un atraso justificable por fuerza mayor de acuerdo al artículo 49° de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado.

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

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



# Corte de Arbitraje

## Cámara de Comercio de Huancayo

*Por una solución pronta y eficaz.*

### *Respecto de la definición de Fuerza Mayor*

En nuestro ordenamiento civil en el artículo 1315 del Código Civil, se dispone: "Caso fortuito o fuerza mayor es la causa no imputable, consistente en evento extraordinario, imprevisible e irresistible, que impide la ejecución de la obligación o determina su cumplimiento parcial tardío o defectuoso".

En consecuencia el caso fortuito o **fuerza mayor** debe entenderse como un acontecimiento extraordinario, imprevisible e irresistible producido por el hombre o por la naturaleza y para calificarlo como tal se trata de un hecho que no puede preverse o que previsto no puede evitarse, no debiendo ser una previsibilidad exacta y precisa sino por el contrario conocida por el hombre común para cada caso concreto. En tal sentido, la justificación alegada por la SUNAT en la demora de la obligación del pago por concepto del servicio brindado, el que el pago se encuentra centralizado a través del SIAF, el cual depende del Ministerio de Economía y Finanzas; no se encuentra debidamente sustentada. Más aún, este hecho era previsto y conocido por SUNAT, de modo que conociendo su sistema financiero, tal hecho no corresponde a una situación de fuerza mayor.

Asimismo, se observa en la cláusula cuarta del Contrato la forma de pago establecida, por el que LA SUNAT "se obliga haciendo efectivo el pago en forma mensual correspondiente a los pedidos de servicios efectivamente prestados, dentro de los 10 días hábiles posteriores a la conformidad del servicio..."

Por otro lado, el artículo 238 del Reglamento del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado expresa lo siguiente:

*La Entidad deberá pagar las contraprestaciones pactadas a favor del contratista en la oportunidad establecida en las Bases o en el contrato. Para tal efecto, el responsable de dar la conformidad de recepción de bienes o servicios, deberá hacerlo en un plazo que no excederá*



# Corte de Arbitraje

## Cámara de Comercio de Huancayo

*Por una solución pronta y eficaz.*

*de los diez (10) días de ser éstos recibidos, a fin de permitir que el pago se realice dentro de los diez (10) días siguientes.*

*En caso de retraso en el pago, el contratista tendrá derecho al pago de intereses conforme a lo establecido en las Bases o en el Contrato, contado desde la oportunidad en que el pago debió efectuarse. En su defecto, se aplicará el interés legal, conforme a las disposiciones del Código Civil.*

También, de acuerdo con el artículo 34° de la Ley N° 28411, Ley General del Sistema Nacional del Presupuesto, el compromiso es el acto mediante el cual se acuerda, luego del cumplimiento de los tramites legalmente establecido, la realización de gastos previamente aprobados, por un importe determinado o determinable, afectando total o parcialmente los créditos presupuestarios, en el marco de los presupuestos aprobados y de las modificaciones presupuestarias realizadas. Así mismo, precisa que el compromiso se efectúa con posterioridad a la generación de la obligación masiva de acuerdo a ley, contrato o convenio. Adicionalmente, los artículos 35° y 36° regulan los devengados y los pagos, señalando que el primero es el acto mediante el cual se reconoce un obligación derivada de un gasto aprobado y comprometido y que el pago es el acto mediante el cual se extingue total o parcialmente.

En ese orden de ideas, se infiere que para las normas presupuestales, solo pueden comprometerse el gasto si la obligación deriva de una disposición legal, de un contrato o un convenio; asimismo, este Tribunal Unipersonal hace referencia al siguiente pronunciamiento de la Gerencia Técnica Nacional.

**104-2005/GTN. Pago en las obligaciones, no podrán devengarse o pagarse obligaciones no comprometidas con anticipación. Así, sin el contrato suscrito y la entidad que sustentara el compromiso del gasto esta no podrá pagar un obligación que presupuestalmente no se ha comprometido.<sup>8</sup>**

<sup>8 8</sup> Alejandro Álvarez Pedroza "Comentarios a la nueva Ley y Reglamento de Contrataciones del Estado" vol. II Marzo 2009 1° Edición.

*Por una solución pronta y eficaz.*

De lo expuesto se infiere que, primero; que el contrato y de igual manera el reglamento ha establecido plazos para el pago y estos corren a partir de la conformidad que realiza la Entidad, a fin de permitir que el pago se realice dentro de los diez (10) días hábiles siguientes, según lo estipulado por el Contrato. Entonces esta disposición esta otorgando un lapso de tiempo para que la entidad pueda realizar todos los tramites pertinentes al área pertinente y pueda cumplir así su compromiso de pago en un tiempo oportuno.

Si bien en el Contrato no se establece los intereses por la demora en el pago, pero si lo hace la ley de Contrataciones y adquisiciones del Estado y su reglamento, por lo que se dispone que en caso de retraso en el pago, el contratista tendrá derecho al pago de intereses conforme a las Bases o el Contrato, en su defecto, se aplicará el interés legal, conforme a las disposiciones del Código Civil. Por estas consideraciones deviene en atendible la presente pretensión.

#### II.4. CUARTA PRETENSIÓN PRINCIPAL:

***“Determinar si INTERSERVICE S.R.L., ha incumplido con las obligaciones derivadas del contrato de prestación de servicios: 001-2007-SUNAT/2R1000 PRIMERA CONVOCATORIA suscrito entre INTERSERVICE S.R.L. y la SUNAT.”***

#### A. POSICIONES DE LAS PARTES: POSICION DE EL CONTRATISTA

1. Que, el Contratista alega haber incumplido con las obligaciones contractuales a su cargo, razón por la cual es responsable de las sanciones pecuniarias a las que se hace referencia en el presente proceso arbitral.

2. Que, al ser responsable del incumplimiento contractual, el Contratista alega que la aplicación de sanciones deben seguir criterios de razonabilidad y proporcionalidad, de acuerdo a los parámetros establecidos en la Ley, el Reglamento y el Contrato.

## B. POSICIONES DE LAS PARTES: POSICION DE LA ENTIDAD

1. Que, la Entidad alega que el Contratista es responsable de las sanciones impuestas, las cuales han sido calculadas teniendo en cuenta parámetros establecidos en la Ley, el Reglamento, el Contrato y las Bases Administrativas.

## C. DECISIÓN DEL ÁRBITRO ÚNICO

Este Tribunal Arbitral Unipersonal, declara que carece de objeto emitir pronunciamiento al respecto, toda vez que el Contratista a través de sus escritos presentados en el desarrollo del proceso arbitral ha reconocido de manera expresa el incumplimiento de sus obligaciones derivadas del contrato de prestación de servicios suscrito con SUNAT, por lo que dicha pretensión no revela un conflicto de intereses entre las partes.

## IV. RESOLUCION

Por las consideraciones expuestas, el Árbitro resuelve:

**PRIMERO:** Declarar **FUNDADA** en parte la primera pretensión, de acuerdo a los fundamentos correspondientes del presente Laudo.



# Corte de Arbitraje

## Cámara de Comercio de Huancayo

*Por una solución pronta y eficaz.*

**SEGUNDO:** Declarar **FUNDADA en parte** la segunda pretensión, y en consecuencia se ordena a la SUNAT hacer efectivo el reembolso a favor de INTERSERVICE S.R.L. la suma de S/. 40,016.32 (Cuarenta mil, dieciséis con 32/100 Nuevos Soles), por concepto de penalidades aplicadas en exceso.

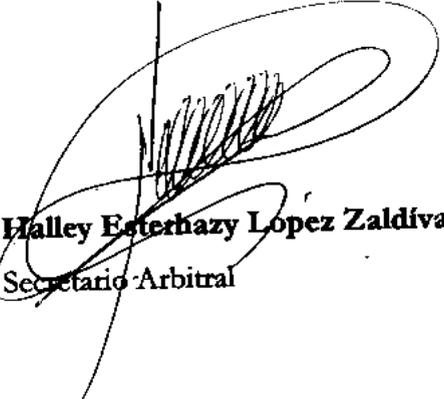
**TERCERO:** Declarar **FUNDADA** la tercera pretensión.

**CUARTO:** Declarar que **CARECE DE OBJETO** emitir pronunciamiento respecto a la cuarta pretensión, de acuerdo a los fundamentos correspondientes del presente Laudo.

**QUINTO:** Declarar que la **CONDENA DE COSTOS** del presente proceso arbitral es asumida en la misma forma que fue dispuesta en el Acta de Instalación del Arbitraje Unipersonal del 12 de Noviembre de 2009, así como en la resolución 07 del 05 de Marzo de 2010, quedando pagados los referidos gastos arbitrales por ambas partes.



**Marco Antonio Gutierrez Baltazar**  
Árbitro Único



**Halley Esterhazy Lopez Zaldívar**  
Secretario Arbitral