

**LAUDO DE DERECHO**

**IMPULSO INDUSTRIAL ALTERNATIVO S.A. SUCURSAL EN PERÚ**

(Demandante)

**MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS**

(Demandado)

**Árbitro Único:**

Dr. José Eynar Escalante Soplin

**Secretario Arbitral:**

Dr. Armando Flores Bedoya

Contrato N° 043-2014-JUS: Contratación del servicio de consultoría de obra para la elaboración de los estudios definitivos de los proyectos "Instalación del servicio de readaptación social en el nuevo establecimiento penitenciario de Ica" e "Instalación del servicio de readaptación social en el nuevo establecimiento penitenciario de Arequipa, distrito de Lomas, provincia de Caraveli, departamento de Arequipa".

## RESOLUCIÓN N° 14

En Lima, a los veintidós días del mes de junio del año dos mil dieciséis, el Árbitro Único designado de acuerdo a ley y al convenio arbitral celebrado entre las partes, dicta el siguiente Laudo:

### I. CONVENIO ARBITRAL

1. Con fecha 09 de septiembre de 2014, la empresa IMPULSO INDUSTRIAL ALTERNATIVO S.A. SUCURSAL EN EL PERÚ (en lo sucesivo, el Contratista) y el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos (en lo sucesivo, la Entidad) suscribieron el 30 de mayo de 2014, el Contrato N° 043-2014-JUS: Contratación del servicio de consultoría de obra para la elaboración de los estudios definitivos de los proyectos "Instalación del servicio de readaptación social en el nuevo establecimiento penitenciario de Ica" e "Instalación del servicio de readaptación social en el nuevo establecimiento penitenciario de Arequipa, distrito de Lomas, provincia de Caraveli, departamento de Arequipa" (en lo sucesivo, el Contrato).
2. De conformidad a lo establecido en la Cláusula Décimo Novena del Contrato, las partes acordaron lo siguiente:

*"Cualquiera de las partes tiene el 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.*

*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.*

*El laudo arbitral emitido es definitivo e inapelable, tiene el valor de cosa juzgada y se ejecuta como una sentencia."*

### II. INSTALACIÓN DEL ÁRBITRO ÚNICO

3. Con fecha 26 de enero de 2015 se llevó a cabo la Audiencia de Instalación del Árbitro Único, en la cual declaró haber sido debidamente designado de acuerdo a ley y al convenio arbitral celebrado entre las partes, reiterando no tener ninguna incompatibilidad para el cumplimiento del cargo, ni compromiso alguno con las partes. Asimismo, se obligó a desempeñar con imparcialidad y probidad la labor encomendada.
4. En el mismo acto, por acuerdo de las partes, se establecieron las reglas aplicables al presente arbitraje, el monto de los honorarios del Árbitro Único, de la Secretaría Arbitral, se declaró abierto el proceso arbitral y, finalmente, se otorgó un plazo a ambas partes para que cumplan con efectuar el pago de los honorarios arbitrales.

### III. POSICIONES DE LAS PARTES

- DEMANDA ARBITRAL PRESENTADA POR EL CONSORCIO

5. Con fecha 11 de febrero de 2015, el Contratista cumplió dentro del plazo conferido con presentar su demanda contra la Entidad, formulando las siguientes pretensiones:

**“Primera Pretensión Principal**

Que, se ordene la procedencia de la Ampliación de Plazo por treinta y seis (36) días respecto del Contrato N° 043-2014-JUS; Contratación del servicio de consultoría de obra para la elaboración de los estudios definitivos de los proyectos “Instalación del servicio de readaptación social en el nuevo establecimiento penitenciario de Ica (SNIP 276849)” e “Instalación del servicio de readaptación social en el nuevo establecimiento penitenciario de Arequipa, distrito de Lomas, provincia de Caraveli, departamento de Arequipa (SNIP 276867)” (en adelante, el Contrato) que suscribimos con dicha Entidad con fecha 30 de mayo del 2014.

**Pretensión Accesoría a la Primera Pretensión Principal**

Que, se ordene el reconocimiento y pago a nuestro favor la suma ascendente de S/. 773,754.43 (Setecientos setenta y tres mil setecientos cincuenta y cuatro y 43/100 Nuevos Soles) incluido el IGV por concepto de Gastos Generales por la extensión o ampliación del plazo.

**Segunda Pretensión Principal**

Que se declare la inaplicación de la penalidad ascendiente a S/. 640,126.69 (Seiscientos cuarenta mil ciento veintiséis y 69/100 Nuevos Soles) impuesta a nuestra representada por el supuesto incumplimiento en la entrega del Segundo Informe de Avance del servicio contratado en la fecha o plazo establecido en el Contrato. Ello, en la medida que el motivo o causa que conllevó al retraso en la presentación del Informe referido no resulta imputable a nuestra empresa, por ser ajena a nuestra voluntad. Y, en ese sentido, que ordene al Ministerio de Justicia y Derechos Humanos que proceda a la devolución de la suma referida que fuera descontada a través del segundo pago del precio contractual a nuestro favor.

**Pretensión Subordinada a la Segunda Pretensión Principal**

Que, se ordene al Ministerio de Justicia que proceda a determinar la penalidad impuesta a nuestra empresa por presunto incumplimiento en la fecha de entrega del Segundo Informe de Avance del servicio contratado, tomando en consideración el monto y plazo respectivo al Segundo ítem contractual. Por tanto, que se recalcule el monto de la penalidad y, en ese sentido, se ordene al Ministerio demandado que proceda a devolver a nuestra empresa el monto diferencial que fuera cobrado en exceso por concepto de penalidad.”

6. El Consorcio fundamenta sus pretensiones señalando que los trabajos propios del servicio contratado se empezaron a ejecutar desde el inicio del plazo contractual sin mayor complicación, hasta el 29 de junio del 2014, toda vez que aquél día, estando su personal efectuando los trabajos de estudios de suelos en el terreno materia del servicio,

- se apersonaron seis (6) movilidades con aproximadamente veinte (20) personas, las mismas que de forma agresiva y violenta les señalaron que el terreno era de propiedad de ellos, por lo que exigieron el retiro de su personal, dejando en claro que atentarian contra la vida, cuerpo o salud de ellos. Atendiendo a ello, refiere que ese mismo día solicitaron a la Gobernación de Santiago del Ministerio del Interior, garantías personales en favor de sus trabajadores.
7. Refiere además que ante la ausencia de seguridad y resguardo policial en la zona de trabajo, así como ante la definición respecto de la propiedad del terreno, se vieron obligados a paralizar la ejecución de los trabajos por causa ajena a su voluntad, lo cual quedó anotado en los asientos de fecha 6 de julio de 2014 y siguientes del cuaderno de obra.
  8. Indica que el 16 de julio de 2014, mediante carta notarial (registro 33690) comunicaron los hechos anteriormente descritos a la Entidad y señalaron que a raíz de ello no se podía continuar con los trabajos de geotécnica y topografía en el terreno destinado para el nuevo establecimiento penitenciario de Ica, por lo cual habían procedido además a efectuar la respectiva denuncia ante la Comisaría de Santiago - Ica.
  9. Asimismo, señala que informaron a la Entidad que no contaban con resguardo policial, pues ellos requerían la respectiva comunicación o solicitud de aquella. Del mismo modo, indica que en la citada comunicación notarial dejaron constancia que el cronograma de obra estaba siendo afectado directamente por los hechos antes expuestos, puesto que sin el estudio de suelos y topografía no era posible avanzar con el desarrollo del proyecto de arquitecturas y especialidades, lo cual dificultaría la entrega oportuna de los informes según el contrato.
  10. Aunado a ello, menciona que mediante Oficios N° 625-2014-JUS/OGI y N° 1163-2014-JUS/SG, la Entidad solicitó al Ministerio del Interior y al Jefe de la Región Policial, respectivamente, el apoyo necesario para que el personal del Contratista pueda efectuar los trabajos programados.
  11. Posteriormente, indica que el 22 de julio de 2014 y 4 de agosto del mismo año, dejaron constancia en el cuaderno de obra que pudieron avanzar con los trabajos los días 31 de julio y 1 de agosto del 2014. Otro hecho importante que refiere el Contratista es que el 6 de agosto de 2014 se llevó a cabo una reunión en la DIRTEPOL de Ica, entre el representante de la Policía DIRTEPOL de Ica, los representantes de la Entidad, los representantes de la Comunidad Campesina de Arrieros y un representante del Contratista, en el cual se llegó a un acuerdo definitivo, siendo que los representantes de la Comunidad de Arrieros desde esa fecha reconocían a la Entidad como propietaria del terreno, así como la DIRTEPOL se comprometía a brindar apoyo policial.
  12. Es así que el 7 de agosto de 2014 señala que se reiniciaron los trabajos quedando ello registrado en el asiento de cuaderno de obra. Con el hecho mencionado precedentemente, concluyó la causal de paralización por causa no imputable al contratista, de manera que el 14 de agosto de 2014 solicitó la ampliación de plazo contractual por treinta y seis (36) días naturales, mediante solicitud con Registro N° 38300.

13. Pese a los problemas presentados en la zona de Ica, señala que el 18 de agosto de 2014 cumplieron con presentar el Segundo Informe de Avance pero de forma incompleta, con la convicción de que la Entidad, a sabiendas que el retraso no se debió por causa imputable a su empresa, ésta aprobaría la ampliación de plazo y, de esta manera, se extendiera el plazo de entrega para dicho informe.
14. El Contratista indica que el 21 de agosto de 2014, mediante Carta N° 222-2014-OGA-OAS, la Entidad le informó que el Segundo Informe de Avance se encontraba incompleto y que por lo tanto, les devolvían éste, considerándolo como trabajo no entregado. Asimismo, señala que la Entidad le requirió para que en el más breve plazo cumpla con presentar el informe pendiente, dejando constancia del inicio de las sanciones correspondientes, esto es, la penalización por el incumplimiento en la presentación de informes parciales en la fecha programada.
15. Su solicitud de ampliación plazo, refiere, fue contestada por la Entidad mediante el Oficio N° 1512-2014-JUS-OGA del 25 de agosto de 2014, declarándola IMPROCEDENTE argumentando que no se encontraba acreditado que los hechos alegados constituyan el hecho generador del atraso con la consecuente afectación y modificación del cronograma contractual. Sobre el particular, manifiesta que le resultó bastante incongruente e inconsistente la respuesta de la Entidad con los hechos acontecidos y demostrados, deficiente en la argumentación pese a que obraban en su poder todos los antecedentes relatados.
16. Con fecha 28 de agosto de 2014, respondieron la Carta N° 222-2014-OGA-OAS solicitando una reconsideración toda vez que si bien reconocían que el Segundo Informe de Avance se encontraba incompleto, éste se encontraba plenamente justificado puesto que al no haber tenido acceso al terreno de Ica no se pudo avanzar con los estudios de suelo, los trabajos para determinar la capacidad del mismo, para determinar el diseño y cálculo estructural, diseño arquitectónico, diseño de urbanizaciones y accesos, redes de saneamiento y demás infraestructuras e instalaciones, por lo que resultaba materialmente imposible cumplir con el plan de trabajo, afectando la ruta crítica del cronograma de la ejecución de los servicios.
17. Señala que dicha reconsideración fue denegada mediante Oficio N° 1623-2014-JUS-OGA del 9 de septiembre de 2014 debido a que este procedimiento no se encontraba regulado en el contrato, los términos de referencia, ni en la Ley de Contrataciones del Estado. Sin embargo, refiere que la reconsideración se encuentra regulada por las normas generales aplicables a todo procedimiento administrativo - Ley N° 27444.
18. Indica que el 4 de septiembre de 2014 presentó el Segundo Informe de Avance de forma completa ante la Entidad.
19. Posteriormente, la Entidad procedió con la penalización por el supuesto incumplimiento en la entrega del Segundo Informe de Avance, la misma que ascendió a la suma de S/. 640,126.69 (Seiscientos cuarenta mil ciento veintiséis y 69/100 Nuevos Soles). Ante ello, refiere que el 22 de octubre de 2014 manifestó su rechazo no solo contra dicha penalidad porque el supuesto incumplimiento se debió a una causa ajena a su voluntad, sino que

éste había sido determinado tomando en consideración el monto y plazo total del contrato, cuando –en todo caso– la penalización debió calcularse sobre el monto y plazo correspondiente al segundo ítem.

20. Mediante Carta N° 13-2015-OGA-OAS del 22 de enero de 2015, la Entidad señaló que el monto calculado estaba conforme al contrato y normas legales debido a que, según indicó, no se puede considerar ítems distintos o independientes entre sí a las etapas establecidas en el contrato para los pagos, por lo que rechazó su solicitud.

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

#### **Sobre la primera pretensión principal**

21. Señala que en el presente caso se ha configurado la causal establecida en el artículo 41° de la Ley y numeral 2 del artículo 175° del Reglamento precitado, en la medida que desde el 29 de junio del 2014 hasta el 6 de agosto de 2014 se vio imposibilitada de acceder al terreno de Ica donde se debía realizar los trabajos propios del servicio, específicamente los trabajos de estudios de suelos y topografía, ello debido a causas ajenas a su voluntad y/o posibilidad de control o previsión.
22. Reitera que el 29 de junio de 2014 su personal que venía realizando los trabajos materia del contrato en el terreno de Ica, fue sorprendido violentamente por pobladores de la zona, específicamente por miembros de la Comunidad Campesina de Anan Santa Ana y Luren, quienes afirmaron que el terreno era de propiedad privada y por lo que solicitaron el retiro inmediato del mismo, amenazando a sus trabajadores con dañarlos en lo personal y patrimonial si regresaban al lugar o zona de trabajo.
23. Ante tal situación, indica que su empresa se vio obligada a retirarse del terreno, sin posibilidad de ingresar al mismo hasta que se tenga las garantías o protección necesaria para salvaguardar la vida e integridad de su personal, puesto que las amenazas eran constantes. Dicha situación se mantuvo hasta el 6 de agosto de 2014 en la cual se llevó a cabo un acuerdo entre las partes involucradas, esto es, la Policía DIRTEPOL, el Ministerio demandado, los representantes de la Comunidad referida y su empresa, siendo que con dicho acuerdo los pobladores reconocieron que el terreno era de propiedad de la Entidad y, por lo tanto, cesaron las amenazas contra su personal.
24. En ese sentido, señala que no cabe duda que la paralización de los trabajos desde el 29 de junio hasta el 6 de agosto de 2014 se debió a un hecho completamente ajeno a su voluntad, no imputable a ella, lo cual se puso en conocimiento de la Entidad de forma oportuna, tanto así que ésta participó activamente en la solución del conflicto generador de la paralización.
25. A su juicio, la decisión de la Entidad de declarar improcedente la solicitud de ampliación de plazo no sólo resulta arbitraria, ajena a la realidad y contraria a las normas legales vigentes, sino completamente inconsistente con todos los antecedentes expuestos. Reitera que el cronograma contractual se modificó debido a la paralización.

### Sobre la segunda pretensión principal

26. Sustenta dicha pretensión invocando el artículo 175° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, la cual establece que las ampliaciones de plazo en contratos de bienes o para la prestación de servicios darán lugar al pago de los gastos generales debidamente acreditados, añadiendo que en el caso de consultoría de obras debe pagarse al Contratista además del gasto general variable, el costo directo.
27. En tal sentido, señala que en el presente caso ha quedado demostrada la procedencia de la ampliación de plazo, por lo tanto, debe aprobarse el respectivo pago de los gastos generales, ascendentes a la suma de S/. 773,754.41 (Setecientos setenta y tres mil setecientos cincuenta y cuatro y 41/100 Nuevos Soles) incluido el IGV.
28. En la medida que dichos gastos deben encontrarse debidamente acreditados, procede a detallarlos conforme al siguiente cuadro, dejando constancia que los mismos se encuentran debidamente acreditados con las facturas y/o constancias de pago que adjuntan como medios probatorios:

GASTOS GENERALES		DÍAS	ICA	AREQUIPA	TOTALES
CONTRATO	GASTOS GENERALES	125	592,709.73	398,851.60	
	COSTO DIRECTO	125	767,219.24	518,039.13	
AMPLIACIÓN	GASTOS GENERALES	36	170,700.40	114,869.26	285,569.66
	COSTO DIRECTO	36	220,959.14	149,195.27	370,154.41
SUBTOTALES			391,659.54	264,064.53	655,724.07
IGV			70,498.72	47,531.62	118,030.34
TOTALES			462,158.26	311,596.15	773,754.41

### Sobre la segunda pretensión principal

29. El artículo 165° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado establece que la Entidad podrá aplicar una penalidad al contratista en el supuesto que éste incurra en RETRASO INJUSTIFICADO en la ejecución de las prestaciones a su cargo, contrario sensu, la norma dispone que en caso de retraso JUSTIFICADO, no procederá la aplicación de la penalidad.
30. En ese sentido, sostiene que en concordancia con lo establecido en el Reglamento de la Ley de Contrataciones, la cláusula décimo cuarta del contrato establece que la penalidad se aplicaría cuando se incurra en un retraso injustificado, indicando a su vez que la justificación por el retraso se sujetaría a lo dispuesto por el Código Civil y demás normas concordantes.
31. Al respecto, trae a colación los artículos 1314° y 1315° del Código Civil, indicando que éstos recogen dos supuestos de hecho mediante los cuales la legislación peruana libera de responsabilidad al obligado por el incumplimiento parcial, tardío o defectuoso de la obligación a su cargo:

- Supuesto en el que el obligado actuó con la diligencia ordinaria requerida. Menciona que la diligencia ordinaria se entiende como una conducta o comportamiento que el deudor debe desplegar para satisfacer el interés del acreedor.
- Supuesto de caso fortuito o fuerza mayor, que conforme al Código Civil se encuentra definida por un acontecimiento extraordinario, imprevisible o irresistible. Indica que estaríamos ante un hecho en el cual hay ausencia de voluntad directa o indirecta.

32. En el caso concreto, refiere que el incumplimiento alegado por la Entidad para aplicarle la penalidad al no haber cumplido con la presentación del segundo informe de avance en el plazo establecido, se encuentra debidamente justificado.

33. Agrega que su representada en todo momento actuó en forma diligente frente al hecho, puesto que ni lien fueron sorprendidos y amenazados, acudieron a las instancias pertinentes para no sólo dejar constancia del hecho, sino sobre todo para solicitar resguardo y protección policial para sus trabajadores y buscar la forma de continuar con las labores.

#### **Sobre la pretensión subordinada a la segunda pretensión principal**

34. En caso que se considere que la aplicación ha sido debidamente aplicada por la Entidad, solicita el Contratista como pretensión subordinada que la misma sea recalculada debido a que la penalidad ha sido aplicada considerando tanto el monto como el plazo del contrato, esto es, la suma de S/. 10'668,778.19 y el plazo de 120 días calendario, respectivamente, cuando lo correcto, de acuerdo al artículo 1665° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado y a la cláusula décimo cuarta del contrato, era calcularla en base al ítem que debió ejecutarse, esto es, de acuerdo al monto y plazo pactado para el segundo informe de avance.

35. Añade que la palabra "ítem" no se encuentra definida en términos jurídicos en nuestra legislación nacional, pues ni la Ley de Contrataciones del Estado ni su Reglamento, establecen su contenido. Por lo tanto, de acuerdo a la definición universal del Diccionario de la Real Academia Española, dicho término debe ser entendido como una parte de un todo, y en este caso, esa parte debería ser el segundo informe de avance.

#### **• CONTESTACIÓN DE DEMANDA**

36. Mediante escrito de fecha 5 de marzo de 2015, la Entidad contestó la demanda interpuesta por el Consorcio, conforme a las consideraciones que a continuación se transcriben:

"PRIMERO.- Mediante Contrato de Obra N° 043-2014-JUS de fecha 30 de mayo del 2014 se le adjudicó a la empresa **IMPULSO INDUSTRIAL ALTERNATIVO S.A.**, la Contratación del Servicio de Consultoría de obra para la elaboración de los estudios definitivos de los proyectos "Instalación del servicio de Readaptación Social en el nuevo establecimiento Penitenciario de Ica" (SNIP276849) e "Instalación del servicio de

readaptación Social en el Nuevo establecimiento penitenciario de Arequipa, Distrito de Lomas, Provincia de Caraveli Departamento de Arequipa" (SNIP 276867).

SEGUNDO.- Conforme a la Cláusula SEXTA del Contrato N° 043-2014-JUS se estableció que el plazo de Ejecución de la Prestación es de ciento veinte (120) días calendario. Así también se especificó en el citado contrato el plazo para cada etapa del servicio contratado el cual es el siguiente:

**"1.- Presentación del Plan de Trabajo**

EL CONTRATISTA presentará a los cinco (05) días calendario de iniciado el plazo contractual, conteniendo la descripción de las actividades, plazos, metodología y recursos financieros y no financieros a ser utilizados tanto en el trabajo de campo, como en el de gabinete así como la compatibilización del estudio.

De ser no laborable la fecha de presentación, ésta deberá realizarse el primer día hábil posterior a la fecha de entrega programada.

**2.- Presentación del Primer informe de Avance**

EL CONTRATISTA presentará ante si personal de la Oficina de Gestión de inversiones, del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos el Primer Informe de Avance a los veinticinco (25) días calendario de aprobado el Plan de Trabajo.

**3.-Presentación del Segundo Informe de Avance**

Una vez aprobado el Primer Informe de Avance, se iniciará el cómputo para la recepción del Segundo informe de Avance.

EL CONTRATISTA presentará a la Oficina de Gestión de Inversiones, del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, el Segundo informe de Avance, como máximo a los cuarenta y cinco (45) días calendario de aprobado el Primer Informe de Avance.

**4.-Presentación del Tercer Informe de Avance**

EL CONTRATISTA presentará a la Oficina de Gestión de inversiones, del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos el Tercer Informe de Avance a los veinticinco (25) días calendario de aprobado el Segundo Informe de Avance.

**5.-Presentación del Cuarto Informe (Informe Final)**

Una vez aprobado el Tercer informe de Avance, se iniciará el cómputo de plazos para la recepción del Cuarto y último Informe.

EL CONTRATISTA presentará ante la Oficina de Gestión de Inversiones, del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos el Informe Final a los veinticinco (25) días calendario de aprobado el Tercer Informe de Avance."

TERCERO.- El 14 de agosto de 2014 se suscribió la adenda N° 01, mediante la cual se modificaron las clausulas quinta y sexta del contrato suscrito, considerando el plazo total de la ejecución del servicio en ciento veinte (120) días calendario, divididos de la siguiente manera:

- a) Presentación del Plan de Trabajo (05 días calendario).
- b) Presentación del Primer Informe de Avance (25 días calendario).
- c) Presentación del Segundo Informe de Avance (45 días calendario).
- d) Presentación del Tercer Informe de Avance (25 días calendario).
- e) Presentación del Cuarto Informe de Avance (20 días calendario).

Para el presente caso debemos resaltar que el único plazo modificado fue el plazo para la presentación del cuarto informe de avance, dado que si bien los términos de referencia otorgaban un plazo de 25 días calendario, el contratista ofreció en su oferta técnica cumplir con la presentación en 20 días calendario. Por tanto el plazo para la presentación del segundo informe de avance, sobre el que se aplicó la penalidad que es parte del presente arbitraje, no fue modificado.

CUARTO.- De acuerdo a la cláusula QUINTA del contrato suscrito así como al numeral 23 de los términos de referencia del servicio contratado, se estableció la forma de pago de la siguiente manera:

*"2° Pago equivalente al 35% del monto contractual:*

*A la aprobación del segundo informe de avance de acuerdo a los contenidos solicitados (en forma impresa y digital) y exposición de la segunda presentación. En el caso de incurrir en retrasos injustificados en la presentación y/o exposición del segundo informe de avance, se aplicará las sanciones correspondientes de acuerdo a lo indicado en el ítem penalidades y sanciones."*

QUINTO.- Con respecto a la primera pretensión solicitada empresa IMPULSO INDUSTRIAL ALTERNATIVO S.A. es pertinente señalar que mediante Carta con registro N° 37580, recibida por mi representado el 12 de agosto de 2014, el contratista solicitó la ampliación de plazo por veintiún (21) días calendario. Posteriormente, mediante Carta con registro N° 38300, recibida el 14 de agosto de 2014 se solicitó la ampliación de plazo por treinta y seis (36) días calendario.

Estos pedidos de ampliación de plazo solicitado por el empresa antes citada fueron negados por el área usuaria indicando que no existe sustento técnico para fundamentar el mismo, respuesta que fue comunicada mediante Carta Notarial N° 9408 de fecha 25 de agosto de 2014 que contiene el Oficio N° 1512-2014-JUS-OGA de fecha 25 de agosto de 2014.

SEXTO.- Mediante el Oficio N° 1512-2014-JUS-OGA, notificado dentro del plazo de diez días hábiles señalados en la norma, se indicó al contratista que las ampliaciones de plazo se declaran improcedentes al considerar que:

- a) Existe incongruencia o contradicción respecto a los días calendarios adicionales requeridos por la empresa para la culminación del estudio de mecánica de suelos, teniendo en consideración los plazos detallados en el Plan de Trabajo presentado y aprobado por la Entidad, siendo que en dicho Plan no se estableció la ruta crítica alegada por el contratista.
- b) No se sustentó una causal de ampliación de plazo de acuerdo a lo estipulado en el artículo N° 175° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.
- c) Los hechos alegados por el contratista no han sido acreditados como hechos generadores del atraso al no poder determinar que los mismos se encuentran subsumidos en una causal de ampliación de plazo.

Es más, como puede apreciarse del Informe N° 018/2014 RFPP del Ing. Ramiro Pacheco Supervisor de la OGI MINJUS, que se remite al Arquitecto Ronny Felipe Garcia Soria en el Informe N° 0030-2014-MINJUS-OGI-RFGS de fecha 15 de agosto del 2014, señala "que las fechas de este cronograma no fueron cumplidos por el Consultor, cuyo atraso es culpa del contratista debido a que al 15 de agosto del 2014, el Consultor no había concluido el Estudio de Mecánica de Suelos en Arequipa, lugar donde no tuvo lugar ninguna ocurrencia denunciada, a esa fecha el avance en Arequipa era un 85% y en Ica un 30% aproximadamente".

SETIMO.- Así mismo el Informe N° 353-2014-OGA-OAS la Oficina de Abastecimiento y Servicios señaló que no correspondía la ampliación de plazo solicitada toda vez que no cumplía con lo establecido en el artículo 175° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, al no señalar fecha de finalización del hecho que supuestamente genero el atraso o finalización, así como no acreditar técnicamente que los hechos suscitados afectaron la ruta crítica de ejecución de acuerdo al Plan de Trabajo presentado y aprobado por la Oficina de Gestión de Inversiones.

OCTAVO.- En el presente caso como se puede advertir de los documentos que se adjuntan a la presente, no corresponde la ampliación solicitada por la empresa demandante, puesto que tal como señala el artículo 175° del Reglamento de la Ley de Contrataciones que dispone lo siguiente "el contratista debe solicitar las ampliaciones de plazo dentro de los siete (7) días hábiles siguientes a la notificación del adicional o de finalizado el hecho generador del atraso o paralización..";

Tal como se advierte del extracto y aplicándolo a lo realizado por la empresa se denota que no cumplió con las especificaciones conforme a las normas en materia de Contrataciones del Estado, debido a que el contratista solicitó la ampliación de plazo por veintiún (21) días calendario mediante Carta con registro N°37580, recibida por la Entidad el 12 de agosto de 2014. Posteriormente, mediante carta con registro N° 38300, recibida por la Entidad el 14 de agosto de 2014 se solicita la ampliación de plazo por treinta y seis (36) días calendario.

NOVENO.- Tal es así que según el cronograma entregado en el Plan de trabajo del primer entregable a los 05 días calendario desde el inicio del plazo contractual y aprobado por la Oficina de Gestión de Inversiones-OGI la Empresa debió haber efectuado los trabajos de Estudio de Mecánica de Suelos en ambos terrenos (Ica y Arequipa) iniciándose el día 04 de Junio y concluyéndose el 18 de Julio del 2014.

Cabe señalar que el Consultor con Carta con registro N° 36266 de fecha 03 de agosto del 2014, solicitó la ampliación de plazo, indicando que a esa fecha tenía un retraso acumulado de 17 días, cuando lo cierto es que al 29 de Junio, el consultor tenía un retraso acumulado de 25 días toda vez que debió haber iniciado estos trabajos en ambos terrenos (Ica y Arequipa) el día 04 de Junio, siendo que estos trabajos de Geotecnia y Topografía los inicia recién el 29 de junio del 2014, por lo que en ese extremo, el atraso era imputable al Consultor.

DECIMO.- Es más, el dieciocho (18) de agosto de 2014, cuarenta y cinco (45) días calendario luego de aprobado el primer informe de avance, el contratista presentó el Segundo Informe de Avance mediante Carta S/N con registro N° 38551 de fecha 18 de agosto de 2014. Es relevante que el contratista no indicó en el documento de presentación que la documentación para revisión se encontraba incompleta.

UNDECIMO.- Al respecto mediante Oficio N° 388-2014/JUS-OGI, de fecha 20 de agosto de 2014, el área usuaria indica que el Informe presentado por el contratista se encontraba incompleto, al no contener el 100% del contenido requerido, por lo que en aplicación del numeral 24.3.2. se consideró el trabajo como NO ENTREGADO.

Debe considerarse que si bien el contratista comunicó sobre los problemas para realizar los trabajos en Ica, los informes de los miembros del comité de evaluación indican claramente que tanto la documentación de Ica como la de Arequipa se encontraba incompleta.

DUO DECIMO.- Por tales motivos mi representado mediante Carta N° 222-2014-OGA-OAS, recibida por el contratista el 21 de agosto de 2014, le informó al contratista que de acuerdo al numeral 24.3.2<sup>1</sup> de los términos de referencia se considera el segundo informe de avance como trabajo no entregado, devolviendo la documentación presentada al contratista, dejando constancia del inicio de las sanciones correspondientes por incumplimiento de acuerdo a lo señalado en el numeral 27 de los términos de referencia.

DECIMO TERCERO.- Es de anotar también que sobre las supuestas amenazas recibida de los pobladores de la zona, sólo existe una denuncia de hechos ocurridos el día 29 de junio del 2014 ante la Gobernación de Santiago, lo cual es por sí misma insuficiente, la empresa pretende erróneamente con la Carta de fecha 03 de agosto del 2014, justificar su pedido de ampliación sustentándose que no le fue posible iniciar los trabajos de Mecánica de Suelos según el cronograma previsto debido a que, mientras el MINJUS no aprobara la ordenación definitiva del penal, no se podía establecer la ubicación final de los ensayos, este sustento también fue rebatido en su momento toda vez que esta ubicación integral del Establecimiento Penitenciario se encontraba debidamente definido en el Proyecto de Inversión Pública, por tanto era injustificado su pedido de ampliación de plazo, siendo que este hecho tampoco se ajusta a un supuesto de caso fortuito o fuerza mayor; es más el propio Consultor nunca comunicó en su informe de Compatibilización de Estudio sobre la existencia de problemas sociales en la zona materia de estudio, ni tampoco hizo mención de impedimentos ajenos que podrían atrasar el desarrollo del estudio como lo exige el numeral 15.2 literal c)<sup>2</sup> de los términos de referencia. En consecuencia, de lo expuesto denota claramente que la postulación arbitral que pretende la empresa no encuentra amparado por las normas de contratación ni mucho menos por los términos de referencia al cual se comprometió la empresa.

DECIMO CUARTO.- En cuanto a la pretensión accesorio a la Primera Pretensión Principal, sobre el reconocimiento y pago a favor de la demandante por la suma ascendente de S/. 773,754.43 incluido el IGV por concepto de Gastos Generales por la

<sup>1</sup> En el caso de que la calidad del informe no cumple con los requisitos mínimos esperados o no contenga el 100% del contenido requerido se asumirá inmediatamente como trabajo no entregado se devolverá el estudio y se comunicará al consultor mediante carta simple ( y /o vía correo electrónico) iniciándose las sanciones correspondientes por incumplimientos en la presentación de informes parciales señalados en el ítem penalidades y sanciones.

<sup>2</sup> Términos de referencia 15.2 C) Existen problemas sociales considerados altamente riesgosos para la ejecución del proyecto (oposición rotunda de la población o de los gobernantes locales a una construcción o ampliación del establecimiento penitenciario, problemas políticos o similares). Además en punto 15.2 señala que en el caso de que el Consultor no comunicara en el Informe de Compatibilidad sobre problemas graves o inconvenientes (...) pese a ser previsible, medible y cuantificable por el Consultor en la etapa de revisión de estudio de pre inversión y que representen gastos adicionales o demora en los plazos de ejecución de la Consultoría, estos no podrán ser solicitados o reclamados en fecha posterior a la presentación de éste y se asumirán como exclusiva responsabilidad del consultor y por lo tanto ameritarán penalidad y se actuará según lo estipulado en el ítem Penalidades y Sanciones". (Lo subrayado y en negrita es nuestro).

extensión o ampliación del plazo. No procede reconocimiento ni pago de gastos generales en virtud al hecho de no haberse sido reconocido ampliación de plazo, por lo que en aplicación del Artículo 175° numeral 4 párrafo 4 del Reglamento de la Ley de Contrataciones, es igual de improcedente por los fundamentos antes señalados, en concordancia con el numeral 15.2 tercer, cuarto y quinto párrafo de los Términos de Referencia que forman parte integrante del Contrato de Obra N° 043-2014-JUS.

**DECIMO QUINTO.-** Con respecto a la inaplicación de la penalidad ascendiente a S/. 640,126.69 nuevos soles, no corresponde puesto que se ha demostrado que la empresa no cumplió con la entrega del segundo informe de avance del Servicio Contratado, además solicita que se declare inaplicable la penalidad impuesta en la entrega del Segundo informe, por los mismos fundamentos de la contradicción a la Primera Pretensión Principal, según el cual el motivo que conllevó al retraso de la presentación del informe referido obedece a una demora en el inicio de los trabajos de mecánica de Suelo, el mismo que no se ajustó al plan de trabajo presentado por la Consultora y aprobado por la OGI y cuando además este pedido de ampliación de plazo fue denegado con el Informe Técnico N° 0030-2014-MINJUS-OGI-RFGS de fecha 15 de agosto del 2014 y denegación de la ampliación que le fue comunicado oportunamente a la empresa.

**DECIMO SEXTO.-** En cuanto a la pretensión subordinada a la segunda pretensión principal, la empresa solicita el recálculo del monto de la penalidad, y que se proceda a devolver monto diferencial del exceso cobrado por concepto de penalidad.

En este extremo, como se ha mencionado en los párrafos precedentes, las ampliaciones de plazo solicitadas fueron declaradas improcedentes<sup>3</sup> y tomando en cuenta el monto y plazo respectivo de la totalidad del monto contractual, la penalidad fue aplicada y calculada de conformidad a lo dispuesto por el Art. 165° del Reglamento de la Ley de Contrataciones, por lo que este pedido también es infundado.

**DECIMO SETIMO.-** Asimismo, la aplicación de la penalidad se realizó de acuerdo a lo establecido en los términos de referencia como en el contrato suscrito, por la demora en la presentación del 2° Informe de Avance, equivalente a dieciocho (18) días calendario, el cual fue calculado de la siguiente manera:

- 1) Penalidad diaria =  $0.10 * 1'066,877.82$  (monto del contrato) /  $0.25 * 120$  (plazo en días calendario)  
**Penalidad diaria = S/. 35,562.59**
- 2) Penalidad total =  $35,562.59$  (penalidad diaria) \* 18 (días calendario de demora en la presentación de la documentación de acuerdo a conformidad del área usuaria).

<sup>3</sup> Oficio N° 1512-2014-JUS-OGA : i) existía incongruencia o contradicción respecto a los días calendario adicionales requeridos por la empresa para la culminación del estudio de mecánica de suelos teniendo en consideración los plazos detallados en el Plan de Trabajo presentado y aprobado por la Entidad, siendo que en dicho plazo no se estableció la ruta crítica alegada por el contratista; ii) no se sustentó una causal de ampliación de plazo de acuerdo a lo estipulado en el artículo N° 175° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado y iii) los hechos alegados por el contratista no han sido acreditados como hechos generadores del atraso al no poder determinar que los mismos se encuentran subsuadidos en una causal de ampliación de plazo.

**Penalidad total = \$f. 640,126.69**

Por lo que de acuerdo a los párrafos precedentes queda demostrado que la penalidad aplicada al contratista se encuentra correctamente aplicada.

DECIMO OCTAVO.- La empresa en su demanda indica que el contrato se encontraba subdividido en ítems o partes, las mismas que tenían un plazo y monto previamente establecido, argumenta que la palabra "ítem" no se encuentra definida en términos jurídicos en la legislación nacional, pues ni la Ley de Contrataciones ni el Reglamento establecen su contenido, por lo que el cálculo de penalidad aplicada debió realizarse considerando únicamente el monto y plazo del 2° Informe de Avance debido a que este es el "ítem" que debió ejecutarse.

Al respecto, es pertinente señalar que existen varios pronunciamientos donde se indica la definición de adquisición por ítems, por ejemplo el Pronunciamiento N° 182-2009/DTN que en su numeral 3.2 señala lo siguiente:

(...)

*Ahora bien, es preciso indicar que la normativa vigente en contratación pública ha previsto la posibilidad de que cuando la Entidad requiera adquirir bienes distintos pero vinculados entre sí, en lugar de realizar un proceso de selección para cada bien, realice un único proceso de selección. En esa medida, luego de realizado el estudio de posibilidades que ofrece el mercado correspondiente, la Entidad, teniendo en cuenta la viabilidad técnica, económica y/o administrativa de la vinculación de dichos bienes, así como la existencia de pluralidad de proveedores en el mercado, podrá convocar procesos de selección según relación de ítems y/o agrupar los bienes en uno o más paquetes, ello con independencia del sistema de contratación que resulte pertinente. (El subrayado es nuestro).*

*Así, cuando un proceso de selección se convoca según relación de ítems, cada uno de éstos constituye un proceso menor dentro del proceso principal y, dentro de dicho contexto, los postores podrían presentar propuestas a una, a varios o a todos los ítems convocados; en cambio, cuando en lugar de contemplar ítems independientes, la Entidad agrupa a éstos en un paquete, los postores deberán ofrecer la totalidad de los bienes requeridos en dichas paquetes para que su propuesta resulte válida. Tales productos deberán tener vinculación técnica, administrativa y económica. (El subrayado es nuestro).*

DECIMO NOVENO.- De otro lado, conforme lo señala la Opinión N°078-2008/DOP de fecha 15 de octubre de 2008 del OSCE que se aplica en el presente caso dado la similitud y dada las particularidades que se han suscitado, la cual señala lo siguiente:

*"2.8 En conclusión, dado que las prestaciones consideradas como consultoría de obra determinan un contrato de prestación de servicios de ejecución única o un contrato de ejecución continuada, según se trate de la elaboración del expediente técnico de obra o de la supervisión de obra, y que en dichos contratos no podría aplicarse la penalidad en función a etapas, tramos, paquetes, lotes o ejecuciones parciales – aplicables sólo en contratos de ejecución periódica – , la penalidad por mora se aplicaría sobre el monto y plazo total del contrato, independientemente de la forma de pago pactada y demás prestaciones accesorias consideradas en el contrato.*

### 3. CONCLUSIÓN

*En los contratos de consultoría de obra, la penalidad por mora se aplicaría sobre el monto y plazo total del contrato, independientemente de la forma de pago*

*pactada y demás prestaciones accesorias consideradas en el contrato*

VIGESIMO.- Es pertinente señalar que el arbitraje se debe desarrollar respetando la voluntad de las partes acordada en el contrato hecho que es concordante con lo dispuesto en el art. 1356° del Código Civil el cual señala que: *"Las disposiciones de la ley sobre contratos son supletorias de la voluntad de las partes, salvo que sean imperativas"*; así como establecido el art. 1361° del mismo cuerpo legal, el cual establece que: *"Los contratos son obligatorios en cuanto se haya expresado en ellos"*. En tal sentido el procedimiento de arbitraje debe desarrollarse a fin de respetar la voluntad de las partes descrita en el citado contrato, toda vez, que al omitir las normas legales antes aludidas se lesionaría el Principio Constitucional del Debido Proceso.

VIGECIMO PRIMERO.- En este orden de ideas, y de los documentos señalados ha quedado demostrado que la empresa **IMPULSO INDUSTRIAL ALTERNATIVO S.A.**, incumplió con lo pactado en el Contrato de Obra N° 043-2014-JUS así como lo dispuesto en el artículo 50° de la Ley prescribe que *"los contratistas están obligados a cumplir cabalmente con lo ofrecido en su propuesta y en cualquier manifestación formal documentada que hayan aportado adicionalmente en el curso del proceso de selección o en la formalización del contrato (...)".* Advirtiéndose de los documentos presentados que la empresa incumplió el contrato. Corroborándose que la empresa incumplió lo dispuesto en el artículo 201° del citado Reglamento precisa que: *"El contrato está conformado por el documento que lo contiene, las Bases integradas y la oferta ganadora, así como los documentos derivados del proceso de selección que establezcan obligaciones para las partes y que hayan sido expresamente señalados en el contrato. **El contrato es obligatorio para las partes** y se regula por las normas de este Título. Los contratos de obras se regulan, además, por el Capítulo III de este Título. En todo caso, son de aplicación supletoria las normas del Código Civil"*.

VIGECIMO SEGUNDO.- Finalmente no corresponde ampararse ninguna de las pretensiones solicitadas y acumuladas por el Consultor al no haber sido acreditadas ni justificadas y por no ajustarse su pedido a ninguna de las causales de procedencia previstas en el numeral 175° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado aprobado por mediante Decreto Supremo N° 184-2008-EF y sus modificatorias.

VIGECIMO TERCERO.- Por todo lo expuesto, manifestamos que mi representado el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, emitió la Carta Notarial N° 9716, de fecha 09 de setiembre de 2014, que dispone la no procedencia a la reconsideración de la ampliación del plazo, y como consecuencia la imposición de la penalidad, conforme a la norma de Contrataciones del Estado, que se rigen por los principios y lineamientos, que en ella señalan, siendo pertinentes al presente caso, citar el Principio de Moralidad, por el cual todos los actos referidos a los procesos de contratación de las Entidades estarán sujetos a las reglas de honradez, veracidad, intangibilidad, justicia y probidad, así como el Principio de Equidad, debiendo las prestaciones y derechos de las partes guardar una razonable relación de equivalencia y proporcionalidad; Es más, uno de los pilares en que se sustenta la contratación sea entre privados o entre un ente estatal y un agente privado es el de la **buena fe**, esto es, que en función de tal principio ninguna de las partes

intervinientes puede pretender la obtención de un beneficio vulnerando el deber de recíproca colaboración.

Al respecto, BETTI nos señala que el Principio de Buena Fe puede concebirse esencialmente como: "(...)una actitud de cooperación encaminada a cumplir de modo positivo la expectativa de la otra parte, actitud que tiene como aspectos más destacados la confianza, la fidelidad, el compromiso, la capacidad de sacrificio, la prontitud en ayudar a la otra parte (...)"<sup>4</sup>

Por su parte, el profesor italiano Máximo Bianca<sup>5</sup> señala que la buena fe interesa como una regla de conducta y "(...) con particular referencia a la interpretación del contrato exige, básicamente, el preservar la confianza razonable de cualquiera de las partes sobre el significado del acuerdo (...)". Como se aprecia, existe un vínculo estrecho entre el Principio de Buena Fe y el valor de la confianza que se generan mutuamente las partes al momento de celebra un contrato en ver satisfechos sus propios intereses. Cabe señalar que este principio se encuentra expresamente recogido en los artículos 168° y 1362° del Código Civil: Art. 168.- "El acto jurídico debe ser interpretado de acuerdo con lo que se haya expresado en él y según el principio de la buena fe." Art. 1362.- "Los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes."

VIGECIMO CUARTO.- El Consultor aprovecho la ocurrencia de los hechos denunciados el 29 de junio ante la Gobernación de Santiago para que a partir de allí, desproporcional e injustificadamente solicite ampliaciones de plazo y diluir de esa manera el atraso con el que ya se encontraba arrastrando a esa fecha (por 25 días) cuando tampoco había terminado estos estudios de mecánica de suelos en el terreno de Arequipa que según la fecha prevista en el cronograma debió concluir el 18 de julio del 2014, y cuando además estaba obligado a realizar ambos trabajos de manera paralela, tanto en Ica como en Arequipa, lo que evidencia de modo total su incumplimiento. Por estas consideraciones, no corresponde ampararse ninguna de las pretensiones solicitadas y acumuladas por el Consultor al no haber sido acreditadas ni justificadas y por no ajustarse su pedido a ninguna de las causales de procedencia previstas en el numeral 175 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado aprobado por mediante Decreto Supremo N° 184-2008-EF y sus modificatorias

VIGECIMO QUINTO.- Finalmente, no corresponde al Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, el pago por concepto de gastos arbitrales, en razón a que la demandante fue quien ante el incumplimiento de lo pactado en el contrato interpuso el proceso arbitral no reconociendo su falta, por lo tanto la empresa demandante es quien debe asumir los gastos del arbitraje en su totalidad.

VIGECIMO SEXTO.- Por todo lo glosado, el acto administrativo, esto es, la denegación de la ampliación del plazo y la penalidad impuesta, realizado por mi representado ha quedado consentida, al realizarse conforme a ley, en tal sentido, la demanda incoada deviene en Infundada.

#### IV.- FUNDAMENTOS DE DERECHO:

Se ampara la presente demanda en lo previsto por:

<sup>4</sup> BETTI, Emilio. *Teoría general de las obligaciones*. Madrid, Revista de Derecho Privado, Tomo I. pp. 78.  
<sup>5</sup> BIANCA, Máximo. *Diritto Civile*. T. 3. Milán. A. Giuffrè Editores, 1992. pp. 394.

1. El artículo 47° de la Constitución Política del Perú que señala *"La defensa de los intereses del Estado está a cargo de los Procuradores Públicos conforme a ley"*.
2. El artículo 1° y 2° del Decreto Legislativo N° 1068 del Consejo de Defensa Jurídica del Estado que señalan que la defensa de los interés y derechos del estado se ejercita judicialmente, por intermedio de los Procuradores Públicos así como tienen la plena representación del Estado en juicio y ejercitan su defensa en todos los procesos y procedimientos en los que actúe como demandante, demandado o denunciante o parte civil.
3. Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado aprobado mediante Decreto Legislativo N° 1017.
4. El Reglamento de la Ley de Contrataciones aprobado por D. S. N° 184-2008-EF.
5. Los Artículos 1356° y 1361° del Código Civil sobre la *"Primacía de la voluntad de contratantes"* y la *"Obligatoriedad de los contratos"*, respectivamente.
6. El inciso 3) del artículo 139° de la Constitución Política del Perú.  
Contrato de Obra N° 043-2014-JUS de fecha 30 de mayo del 2014".

#### IV. DETERMINACIÓN DE PUNTOS CONTROVERTIDOS Y ADMISIÓN DE MEDIOS PROBATORIOS.

37. Mediante Resolución N° 4 de fecha 28 de mayo de 2015 fueron fijados los siguientes puntos controvertidos:
  1. Determinar si corresponde o no ordenar la procedencia de la Ampliación de Plazo por treinta y seis (36) días respecto del Contrato N° 043-2014-JUS: Contratación del servicio de consultoría de obra para la elaboración de los estudios definitivos de los proyectos *"Instalación del servicio de readaptación social en el nuevo establecimiento penitenciario de Ica (SNIP 276849)"* e *"Instalación del servicio de readaptación social en el nuevo establecimiento penitenciario de Arequipa, Distrito de Lomas, Provincia de Caravelí, Departamento de Arequipa (SNIP 276867)"*, que suscribieron las partes con fecha 30 de mayo de 2014.
  2. Determinar si corresponde o no ordenar el reconocimiento y pago a favor de Impulso Industrial Alternativo S.A. Sucursal del Perú, de la suma ascendente a S/. 773,754.43 (Setecientos Setenta y Tres Mil Setecientos Cincuenta y Cuatro y 43/100 Nuevos Soles) incluido el IGV, por concepto de gastos generales por la extensión o ampliación del plazo.
  3. Determinar si corresponde o no declarar la inaplicación de la penalidad ascendente a S/. 640,126.69 (Seiscientos Cuarenta Mil Ciento Veintiséis y 69/100 Nuevos Soles) impuesta a Impulso Industrial Alternativo S.A. Sucursal del Perú por el supuesto incumplimiento en la entrega del Segundo Informe de Avance del servicio contratado en la fecha o plazo establecido en el Contrato, ello en la medida que el motivo o causa que conllevó al retraso en la presentación del informe referido no resultaría imputable a dicha empresa, por ser ajena a su voluntad, según refiere.

4. Determinar si corresponde o no ordenar al Ministerio de Justicia y Derechos Humanos que proceda a la devolución de la suma señalada en el tercer punto controvertido (S/. 640,126.69) que fuera descontada a través del segundo pago del precio contractual a favor de Impulso Industrial Alternativo S.A. Sucursal del Perú.
  5. Determinar si corresponde o no ordenar al Ministerio de Justicia y Derechos Humanos que proceda a determinar la penalidad impuesta a Impulso Industrial Alternativo S.A. Sucursal del Perú por el presunto incumplimiento en la fecha de entrega del Segundo Informe de Avance del servicio contratado, tomando en consideración el monto y plazo respectivo al Segundo ítem contractual, por tanto, que se recalcule el monto de la penalidad y, en ese sentido, se ordene al Ministerio de Justicia y Derechos Humanos proceda a devolver a favor de Impulso Industrial Alternativo S.A. Sucursal del Perú el monto diferencial que fuera cobrado en exceso por concepto de penalidad.
38. En dicha resolución también se dejó constancia que ninguna de las partes había cumplido con presentar fórmula conciliatoria alguna, no obstante ello, se precisó que en todo momento y en cualquier estado del arbitraje podían llegar a un acuerdo conciliatorio.
39. Previamente, el Árbitro Único mediante Resolución N° 3 del 17 de abril de 2015 admitió los siguientes medios probatorios:
- **Medios probatorios ofrecidos por el Contratista:**

Fueron admitidos los medios probatorios ofrecidos en el numeral IV "Medios Probatorios" del escrito de demanda del 11 de febrero de 2015, y que se encuentran identificados como Anexos 1-A al 1-Y.
  - **Medios probatorios ofrecidos por la Entidad:**

Fueron admitidos los medios probatorios ofrecidos en el numeral V "Medios Probatorios" del escrito de contestación de demanda de fecha 5 de marzo de 2015, cuyas documentales se encuentran identificadas como Anexos 1-A al 1-D del escrito en mención.
- V. AUDIENCIA DE ILUSTRACIÓN DE HECHOS, NUEVOS ESCRITOS Y CIERRE DE ETAPA PROBATORIA.
40. El 31 de julio de 2015 se llevó a cabo la Audiencia de Ilustración de Hechos en el cual ambas partes informaron al Árbitro Único sobre los hechos materia de controversia. En dicha oportunidad, se otorgó un plazo de siete (7) días hábiles a ambas para que presenten cualquier documentación adicional que estimen pertinente, lo cual cumplieron con realizar el 11 y 25 de agosto de 2015 por parte de la Entidad, y el 25 de agosto también el Contratista, lo cual se puso a conocimiento de éstas en forma recíproca, cumpliendo posteriormente con absolverlas.
  41. Mediante Resolución N° 9 de fecha 23 de diciembre de 2015 se tuvieron por admitidos en

calidad de medios probatorios la documentación presentada el 11 y 25 de agosto de 2015 por la Entidad. Asimismo, se declaró el cierre de la etapa probatoria, se otorgó un plazo de cinco (5) días hábiles a ambas para que presenten sus alegatos y se les citó para la audiencia de informes orales.

#### **VI. INFORMES ORALES Y PLAZO PARA LAUDAR**

42. El 15 de enero de 2016, se llevó a cabo la Audiencia de Informes Orales, con la asistencia de ambas partes quienes hicieron uso de la palabra. En dicha audiencia fue emitida la Resolución N° 10 por la cual se tuvo por presentado el escrito de alegatos por el Contratista el 12 de enero de 2016.
43. Mediante Resolución N° 12 de fecha 30 de marzo de 2016, el Árbitro Único fijó el plazo para laudar en treinta (30) días hábiles, el mismo que podía ser prorrogado, a su discreción por el mismo término y por una sola vez.
44. Mediante Resolución N° 13 de fecha 3 de mayo de 2016, el Árbitro Único prorrogó el plazo para laudar por treinta (30) días hábiles adicionales, computados a partir del día siguiente de vencido el término original.

#### **VII. ANÁLISIS DE LA MATERIA CONTROVERTIDA**

##### **CUESTIONES PRELIMINARES.**

45. Antes de analizar la materia controvertida, corresponde confirmar que: (i) el Árbitro Único se constituyó de acuerdo al convenio arbitral suscrito por las partes; (ii) el Contratista presentó su demanda dentro del plazo establecido; (iii) la Entidad fue debidamente emplazada con la demanda y la contestó dentro del plazo conferido; (iv) las partes tuvieron plena oportunidad para ofrecer y actuar todos sus medios probatorios, así como tuvieron la facultad de presentar alegatos e, inclusive, de informar oralmente; y, (v) este Árbitro Único ha procedido a laudar dentro del plazo acordado con las partes.

##### **ANÁLISIS DE LAS PRETENSIONES.**

46. Corresponde a continuación que el Árbitro Único realice el análisis de los puntos controvertidos.

##### **PRIMER PUNTO CONTROVERTIDO**

*Determinar si corresponde o no ordenar la procedencia de la Ampliación de Plazo por treinta y seis (36) días respecto del Contrato N° 043-2014-JUS: Contratación del servicio de consultoría de obra para la elaboración de los estudios definitivos de los proyectos "Instalación del servicio de readaptación social en el nuevo establecimiento*

*penitenciario de Ica (SNIP 276849)" e "Instalación del servicio de readaptación social en el nuevo establecimiento penitenciario de Arequipa, Distrito de Lomas, Provincia de Caravelí, Departamento de Arequipa (SNIP 276867)", que suscribieron las partes con fecha 30 de mayo de 2014.*

47. De los medios probatorios obrantes en autos, se verifica que con fecha 30 de mayo de 2014 el Contratista y la Entidad suscribieron el Contrato N° 043-2014-JUS: Contratación del servicio de consultoría de obra para la elaboración de los estudios definitivos de los proyectos "Instalación del servicio de readaptación social en el nuevo establecimiento penitenciario de Ica (SNIP 276849)" e "Instalación del servicio de readaptación social en el nuevo establecimiento penitenciario de Arequipa, Distrito de Lomas, Provincia de Caravelí, Departamento de Arequipa (SNIP 276867)".
48. En la cláusula sexta del mencionado contrato, se estableció el plazo de ejecución en ciento veinte (120) días calendario, el cual iniciaría el día siguiente de cumplidas las siguientes condiciones: (i) suscripción del contrato y (ii) entrega del estudio de pre inversión (Ica y Arequipa) para la elaboración del estudio que sería proporcionada por la Oficina de Gestión de Inversiones de la Entidad. Del mismo modo, se estableció que el plazo para cada etapa del servicio contratado era el siguiente:

*"1.- Presentación del Plan de Trabajo*

*EL CONTRATISTA presentará a los cinco (05) días calendario de iniciado el plazo contractual, conteniendo la descripción de las actividades, plazos, metodología y recursos financieros y no financieros a ser utilizados tanto en el trabajo de campo, como en el de gabinete así como la compatibilización del estudio.*

*De ser no laborable la fecha de presentación, ésta deberá realizarse el primer día hábil posterior a la fecha de entrega programada.*

*2.- Presentación del Primer Informe de Avance*

*EL CONTRATISTA presentará ante el personal de la Oficina de Gestión de Inversiones, del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos el Primer Informe de Avance a los veinticinco (25) días calendario de aprobado el Plan de Trabajo.*

*3.- Presentación del Segundo Informe de Avance*

*Una vez aprobado el Primer Informe de Avance, se iniciará el cómputo para la recepción del Segundo Informe de Avance.*

*EL CONTRATISTA presentará ante el personal de la Oficina de Gestión de Inversiones, del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos el Segundo Informe de Avance, como máximo a los cuarenta y cinco (45) días calendario de aprobado el Primer Informe de Avance.*

*4.- Presentación del Tercer Informe de Avance*

*EL CONTRATISTA presentará ante el personal de la Oficina de Gestión de Inversiones, del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos el Tercer Informe de Avance a los veinticinco (25) días calendario de aprobado el Segundo Informe de Avance.*

*5.- Presentación del Cuarto Informe (Informe Final)*

*Una vez aprobado el Tercer Informe de Avance, se iniciará el cómputo de plazos para la recepción del Cuarto y último informe.*

*EL CONTRATISTA presentará ante el personal de la Oficina de Gestión de Inversiones, del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos el Informe Final a los veinticinco (25) días calendario de aprobado el Tercer Informe de Avance”.*

49. Asimismo, se evidencia que mediante carta s/n de fecha 14 de agosto de 2014, el Contratista solicitó una ampliación de plazo por treinta y seis (36) días calendarios dado que habría sufrido atraso en los trabajos por causas no atribuibles a ella misma, la cual se encuentra recogida en el numeral 2 del artículo 175° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado (en adelante, el RLCE).
50. Al respecto, refiere que dicha causal se generó debido a que desde el 29 de junio del 2014 y hasta el cierre de la causal, el día 6 de agosto del mismo año, no le fue posible a su personal trabajar en el terreno donde se construirá el nuevo Establecimiento Penitenciario de Ica debido a que pobladores de esa zona se apersonaron al lugar amenazando al equipo que se encontraba en dicha zona, debido a que reclamaban ser los propietarios de esos terrenos. Este hecho, asegura, representó un riesgo constante tanto para la integridad física de su personal, como para el material a utilizar en el desarrollo de los trabajos.
51. Sostienen además, en dicha solicitud, que durante ese tiempo no pudieron contar con resguardo policial para poder trabajar en la zona, salvo los días 31 de julio y 1 de agosto de 2014, y que finalmente el 6 de agosto se firmó un acuerdo entre las autoridades institucionales, líderes comunales y funcionarios de la Entidad, por el cual se puso fin a dicho problema y cesó la causal.
52. Se evidencia además, con la copia del Oficio N° 1512-2014-JUS-OGA del 25 de agosto de 2014, que la Entidad contestó la solicitud de ampliación de plazo, declarándola IMPROCEDENTE señalando que no se había acreditado que los hechos alegados por el Contratista constituyan el hecho generador del atraso con la consecuente afectación y modificación del cronograma contractual.
53. Sobre el particular, el numeral 2 del artículo 175° del RLCE faculta a cualquier contratista a solicitar la ampliación de plazo por atrasos o paralizaciones no imputables a éste. Aunado a ello, la Ley de Contrataciones del Estado (en adelante, la LCE) exige además en su artículo 41.6 que los atrasos y paralizaciones ajenas a su voluntad tienen que ser debidamente comprobados y deben modificar el cronograma contractual.
54. Atendiendo a lo manifestado, corresponde verificar si la causal de ampliación de plazo invocada por el Contratista se encuentra debidamente acreditada, y si la misma trajo como consecuencia la modificación el cronograma contractual.
55. En lo que se refiere a la causal, como bien se ha señalado anteriormente, el Contratista invocó como sustento de su solicitud de ampliación de plazo el numeral 2 del artículo 175° del RLCE referido a "atrasos o paralizaciones no imputables al contratista" alegando que desde el 29 de junio de 2014 hasta el 6 de agosto del mismo año, no le fue posible a su

personal trabajar en el terreno donde se construirá el nuevo Establecimiento Penitenciario de Ica debido a que pobladores de esa zona se apersonaron al lugar amenazando al equipo que se encontraba en dicha zona, debido a que reclamaban ser los propietarios de esos terrenos. Este hecho, asegura, representó un riesgo constante tanto para la integridad física de su personal, como para el material a utilizar en el desarrollo de los trabajos.

56. El Contratista ha demostrado los hechos descritos con los siguientes documentos: (i) copia de la solicitud de garantías personal efectuada ante la Gobernación de Santiago del Ministerio del Interior de fecha 30 de junio de 2014, (ii) copias de los asientos del cuadernos de obra de fechas 6, 14 y 22 de julio de 2014 y 4 de agosto del mismo año, (iii) copia de la Carta Notarial (Registro N° 33690) y (iv) copia de los Oficios N° 625-2014-JUS/OGI y N° 1163-2014-JUS/SG.
57. Asimismo, del caudal probatorio obrante en el expediente se advierte que mediante el documento denominado "Acta de Reunión del Proyecto Instalación del servicio de readaptación social en el nuevo establecimiento penitenciario de Ica" de fecha 6 de agosto de 2014 las autoridades institucionales, líderes comunales y funcionarios del Ministerio de Justicia llegaron a un acuerdo sobre los problemas suscitados, lo cual le permitió al Contratista reiniciar sus actividades a partir de esa fecha.
58. En ese sentido, ha quedado acreditado que a raíz del hostigamiento de los pobladores hacia los trabajadores que ponía en riesgo la integridad física de éstos e inclusive su vida, éstos últimos no pudieron llevar a cabo sus labores en la zona de Ica, lo cual generó atrasos e inclusive la paralización total de las labores por el tiempo que demoraron los efectivos policiales en resguardar la integridad del personal del Contratista y en llegar a una solución con las partes involucradas, es decir, desde el 29 de junio del 2014 al 6 de agosto del mismo año.
59. No obstante lo señalado precedentemente, corresponde determinar si los atrasos y paralizaciones surgidos, resultan imputables o no al Contratista. Al respecto, se aprecia que en el punto 15.2 de los Términos de Referencia (medio probatorio ofrecido inclusive por la demandante en su escrito de demanda), se estableció lo siguiente:

*"15.2. Compatibilización del Estudio*

*El Consultor deberá de realizar las coordinaciones correspondientes con la Oficina de Gestión de Inversiones a fin de corroborar los datos consignados en el estudio de pre inversión.*

*El Consultor será el responsable de los resultados del estudio definitivo en adelante, por lo que toda la información consignada deberá ser comprobada, validada y ampliada en el presente estudio.*

*En el caso de encontrar serias incongruencias y/u obstáculos que pudieran incidir de manera significativa en los tiempos de presentación del estudio o que pudieran resultar en un cambio radical de metas, estos deberán ser comunicados y debidamente sustentados mediante el informe de compatibilidad por el Consultor a la Oficina de Gestión de Inversiones - MINJUS a fin de realizar las coordinaciones que muerite y las adendas al*

*contrato correspondiente (de ser el caso).*

*En el caso de que el Consultor no comunicara en el informe de compatibilidad sobre problemas graves o inconvenientes serios que el estudio definitivo pudiera presentar en concordancia con el estudio de pre inversión declarado viable pese a ser previsibles, medibles y/o cuantificables por el Consultor en la etapa de revisión del estudio de pre inversión y que representen gastos adicionales o demora en los plazos de ejecución de la Consultoría, éstos no podrán ser solicitados o reclamados en fecha posterior a la presentación de éste y se asumirán como exclusiva responsabilidad del Consultor y por lo tanto ameritarán penalidad y se actuará según lo estipulado en el ítem Penalidades y Sanciones.*

*El Consultor deberá de elaborar el Informe de Compatibilidad del Estudio, el cual está orientado específicamente a detectar problemas que pudieran comprometer seriamente el desarrollo del estudio y/o la ejecución del proyecto, con la finalidad de plantear alternativas de solución y medidas de contingencia antes de iniciar con los trabajos realizados; entre estos problemas se encuentran:*

*(...)*

*c) Existen problemas sociales considerados altamente riesgosos para la ejecución del proyecto (oposición rotunda de la población o de los gobernantes locales a una construcción o ampliación del establecimiento penitenciario, problemas políticos o similares).*

*(...)*

*El informe de compatibilidad contendrá como mínimo:*

*(...)*

*• Percepción social en la zona*

*El Consultor deberá realizar un sondeo preliminar en la zona con la finalidad de detectar posibles conflictos sociales que pudiera surgir debido a la construcción del establecimiento penitenciario".*

*(Subrayado y énfasis agregado).*

60. Como se puede advertir, el punto 15.2 de los Términos de Referencia -los cuales forman parte del Contrato conforme a su cláusula séptima<sup>6</sup>- establecía la obligación del Contratista de elaborar un Informe de Compatibilidad orientado a detectar problemas que pudieran comprometer el desarrollo del proyecto, siendo que en caso no comunicara en dicho informe los problemas graves o inconvenientes serios que el estudio pudiera presentar pese a ser previsibles por el Contratista y que implique una demora en los plazos de ejecución de la consultoría, éstos no podían ser solicitados o reclamados en fecha posterior a la presentación del estudio de pre inversión, señalando expresamente

° CLÁUSULA SÉPTIMA: PARTES INTEGRANTES DEL CONTRATO

El presente Contrato está conformado por las bases, la oferta ganadora y los documentos derivados del proceso de selección que establezcan obligaciones para LAS PARTES.

que en tal caso el Contratista asumiría dicha responsabilidad, con la consiguiente aplicación de penalidades.

61. Ahora bien, el Contratista fundamentó su solicitud de ampliación de plazo por 36 días en base a que pobladores de la zona de Ica donde se realizaban las labores, amenazaron al personal del Contratista alegando ser propietarios de dichos terrenos. Este hecho, a juicio de este Árbitro Único sí pudo ser previsible por parte del Contratista toda vez que el Informe de Compatibilidad exigía la detección de problemas sociales considerados altamente riesgosos para la ejecución del proyecto, tales como oposición rotunda de la población, (punto 15.2, c de los Términos de Referencia) e inclusive se estableció de manera expresa la obligación del Contratista de realizar un sondeo preliminar en la zona con la finalidad de detectar posibles conflictos sociales que pudieran surgir debido a la construcción del establecimiento penitenciario (punto 15.2, c, parte final de los Términos de Referencia).
62. Cabe precisar que la Entidad en su contestación de demanda, alegó que el Contratista no cumplió con comunicar en su Informe de Compatibilidad los problemas sociales invocados como sustento para su solicitud de ampliación de plazo. Sobre dicho punto Contratista no se ha pronunciado a lo largo de todo el proceso arbitral.
63. En ese sentido, siendo que el Contratista se encontraba en la condición de poder prever los problemas que dieron lugar a la causal de ampliación de plazo, la paralización de las labores y los atrasos sí le son imputables a dicha parte, por lo tanto, al no cumplirse con la condición establecida en el inciso 2 del artículo 175° del RLCE, carece de objeto analizar si la ampliación de plazo modificó el cronograma del contrato, no siendo procedente la ampliación de plazo solicitada. Consiguientemente, corresponde declarar INFUNDADA la primera pretensión principal de la demanda.

#### SEGUNDO PUNTO CONTROVERTIDO

*Determinar si corresponde o no ordenar el reconocimiento y pago a favor de Impulso Industrial Alternativo S.A. Sucursal del Perú, de la suma ascendente a S/. 773,754.43 (Setecientos Setenta y Tres Mil Setecientos Cincuenta y Cuatro y 43/100 Nuevos Soles) incluido el IGV, por concepto de gastos generales por la extensión o ampliación del plazo.*

64. El artículo 175° del RLCE establece que una de las consecuencias de las ampliaciones de plazo en los contratos de prestación de servicios, es el derecho al pago de los gastos generales debidamente acreditados.
65. Habiendo desestimado la primera pretensión principal de la demanda, referida al reconocimiento de la ampliación de plazo por 36 días a favor del Contratista, corresponde de igual manera desestimar la segunda pretensión accesoria a la primera principal, al no cumplirse el supuesto de hecho establecido en la norma para que se dé la consecuencia jurídica reclamada por el Contratista.

TERCER PUNTO CONTROVERTIDO

*Determinar si corresponde o no declarar la inaplicación de la penalidad ascendente a S/. 640,126.69 (Seiscientos Cuarenta Mil Ciento Veintiséis y 69/100 Nuevos Soles) impuesta a Impulso Industrial Alternativo S.A. Sucursal del Perú por el supuesto incumplimiento en la entrega del Segundo Informe de Avance del servicio contratado en la fecha o plazo establecido en el Contrato, ello en la medida que el motivo o causa que conllevó al retraso en la presentación del informe referido no resultaría imputable a dicha empresa, por ser ajena a su voluntad, según refiere.*

CUARTO PUNTO CONTROVERTIDO

*Determinar si corresponde o no ordenar al Ministerio de Justicia y Derechos Humanos que proceda a la devolución de la suma señalada en el tercer punto controvertido (S/. 640,126.69) que fuera descontada a través del segundo pago del precio contractual a favor de Impulso Industrial Alternativo S.A. Sucursal del Perú.*

QUINTO PUNTO CONTROVERTIDO

*Determinar si corresponde o no ordenar al Ministerio de Justicia y Derechos Humanos que proceda a determinar la penalidad impuesta a Impulso Industrial Alternativo S.A. Sucursal del Perú por el presunto incumplimiento en la fecha de entrega del Segundo Informe de Avance del servicio contratado, tomando en consideración el monto y plazo respectivo al Segundo ítem contractual, por tanto, que se recalcule el monto de la penalidad y, en ese sentido, se ordene al Ministerio de Justicia y Derechos Humanos que proceda a devolver a favor de Impulso Industrial Alternativo S.A. Sucursal del Perú el monto diferencial que fuera cobrado en exceso por concepto de penalidad.*

66. A continuación se analizará de manera conjunta, el tercer, cuarto y quinto punto controvertido en vista que los mismos se encuentran relacionados con la aplicación de la penalidad impuesta al Contratista por la supuesta demora en la entrega del segundo informe.
67. De acuerdo al objeto del contrato<sup>7</sup>, el servicio de consultoría a ser brindado por el Contratista consistía en la elaboración de estudios definitivos de los proyectos "Instalación del servicio de readaptación social en el nuevo Establecimiento Penitenciario de Ica (SNIP 276849)" e "Instalación del servicio de readaptación social en el nuevo Establecimiento Penitenciario de Arequipa (SNIP 276867)" en un plazo de ciento veinte (120) días calendario, mediante la presentación de los siguientes documentos en las fechas que se indican:

*"1.- Presentación del Plan de Trabajo*

*EL CONTRATISTA presentará a los cinco (05) días calendario de iniciado el plazo contractual, conteniendo la descripción de las actividades, plazos, metodología y recursos*

<sup>7</sup> Cláusula segunda del Contrato.

*financieros y no financieros a ser utilizados tanto en el trabajo de campo, como en el de gabinete así como la compatibilización del estudio.*

*De ser no laborable la fecha de presentación, ésta deberá realizarse el primer día hábil posterior a la fecha de entrega programada.*

*2.- Presentación del Primer Informe de Avance*

*EL CONTRATISTA presentará ante el personal de la Oficina de Gestión de Inversiones, del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos el Primer Informe de Avance a los veinticinco (25) días calendario de aprobado el Plan de Trabajo.*

*3.- Presentación del Segundo Informe de Avance*

*Una vez aprobado el Primer Informe de Avance, se iniciará el cómputo para la recepción del Segundo Informe de Avance.*

*EL CONTRATISTA presentará ante el personal de la Oficina de Gestión de Inversiones, del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos el Segundo Informe de Avance, como máximo a los cuarenta y cinco (45) días calendario de aprobado el Primer Informe de Avance.*

*4.- Presentación del Tercer Informe de Avance*

*EL CONTRATISTA presentará ante el personal de la Oficina de Gestión de Inversiones, del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos el Tercer Informe de Avance a los veinticinco (25) días calendario de aprobado el Segundo Informe de Avance.*

*5.- Presentación del Cuarto Informe (Informe Final)*

*Una vez aprobado el Tercer Informe de Avance, se iniciará el cómputo de plazos para la recepción del Cuarto y último informe.*

*EL CONTRATISTA presentará ante el personal de la Oficina de Gestión de Inversiones, del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos el Informe Final a los veinticinco (25) días calendario de aprobado el Tercer Informe de Avance".*

68. Ahora bien, el Contratista ha acreditado que el **18 de agosto de 2014**, es decir, dentro del plazo establecido en el contrato, presentó el segundo informe de avance aunque de forma incompleta (lo cual ha sido reconocido por dicha parte), alegando que ello se dio debido a los retrasos surgidos en la ciudad de Ica por los hostigamientos de los pobladores de esa zona hacia el personal del Contratista que laboraba en dicho lugar, los cuales reclamaban ser propietarios de los terrenos. Esta fue precisamente la causal alegada para sustentar la ampliación de plazo por treinta y seis (36) días, sin embargo, a juicio de este Árbitro Único dicha ampliación de plazo no resulta procedente por los motivos expuestos en el análisis al primer punto controvertido.
69. La Entidad, mediante Carta N° 222-2014-OGA-OAS del 21 de agosto de 2014 comunicó al Contratista que el segundo informe de avance se encontraba incompleto debido a que no contenía el 100% de los trabajos requeridos para dicha etapa y, además de devolverle dicho informe, lo consideró como TRABAJO NO ENTREGADO, requiriendo a su vez que cumpla con presentarlo de forma completa en el más breve plazo, lo cual se hizo efectivo recién el **04 de septiembre de 2014**.

70. Al respecto, la cláusula décimo cuarta, primer párrafo, del contrato establece que:

*"Si EL CONTRATISTA incurre en 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, en concordancia con el artículo 165° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado. (...)".*

(Subrayado agregado).

71. En ese sentido, la cláusula precitada exige para la aplicación de las penalidades, la existencia de un retraso en la ejecución de las prestaciones objeto del contrato por parte del Contratista, y que el mismo sea injustificado.
72. En el caso de autos, ha quedado demostrado el retraso de las prestaciones por parte del Contratista (demora en la entrega del segundo informe completo), por lo que ahora corresponde analizar si dicho retraso se encontraba justificado o no a la luz de lo dispuesto por el Código Civil.
73. El artículo 1314° de dicho cuerpo normativo establece 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*". (Subrayado agregado). Es decir, basta como regla general, actuar con la diligencia ordinaria para no ser responsable por el cumplimiento irregular de una prestación.
74. Sobre la diligencia ordinaria, Mario Castillo Freyre y Gino Rivas Caso sostienen lo siguiente:

*"(...) la diligencia tiene una posición objetiva porque la objetividad se encuentra en el hecho de que la evaluación de la diligencia no depende de los caracteres del sujeto específico involucrado. En realidad, la evaluación de la diligencia se hace a través de parámetros objetivos, pudiendo ser éstos flexibles, pero jamás variarán en función de las aptitudes concretas del sujeto"*<sup>8</sup>.

(Subrayado agregado).

75. Al respecto, conviene traer a colación nuevamente lo dispuesto en el punto 15.2 de los Términos de Referencia, mediante el cual se estableció la obligación del Contratista de elaborar un Informe de Compatibilidad a efectos de determinar cualquier eventualidad que pudiera ocurrir en la ejecución de las labores que afecte, por ejemplo, el plazo de ejecución del contrato, haciendo referencia expresa a oposición de la población. Además se establecía en dicho documento, el cual forma parte del contrato, que el Contratista debía de realizar un sondeo preliminar en la zona a fin de detectar posibles conflictos sociales que pudieran surgir debido a la construcción del establecimiento penitenciario.

<sup>8</sup> CASTILLO FREYRE, Mario y RIVAS CASO, Gino. La diligencia y la inejecución de las obligaciones. En: Revista IUS ET VERITAS N° 48, Julio 2014, p. 135.

76. Siendo ello así, se verifica entonces que en los Términos de Referencia existía un parámetro objetivo que debía ser cumplido por el Contratista a efectos de determinar de manera previa a la entrega del segundo informe, sobre cualquier problema que se pudiera suscitar con los pobladores del área donde se iban a realizar los trabajos, sin embargo, dicha parte no ha acreditado haber cumplido con lo mencionado de manera oportuna, sino que advirtió este problema en la zona de Ica una vez iniciadas labores requeridas para la elaboración del segundo informe.
77. En ese sentido, este Árbitro Único concluye que en el presente caso el Contratista ha incurrido en un retraso injustificado en la ejecución de la prestación correspondiente al segundo informe, por lo tanto, la Entidad sí se encontraba legalmente facultada para aplicar la penalidad por la demora injustificada de la entrega del informe referido.
78. Ahora bien, la Entidad ha calculado la penalidad en la suma de S/. 640,126.69 (Seiscientos cuarenta mil ciento veintiséis y 69/100 Nuevos Soles), la cual fue cobrada al Contratista mediante la deducción respectiva del pago a cuenta.
79. Al respecto, el Contratista cuestiona el monto de la penalidad que le ha sido impuesta alegando que ésta fue aplicada de forma errónea ya que consideró el monto y plazo del contrato, esto es, la suma de S/. 10'668,778.19 y el plazo de 120 días calendario, respectivamente, cuando lo que correspondía era calcularlo en base al monto y plazo del ítem que debió ejecutarse, esto es, el segundo informe de avance.
80. Por su parte, la Entidad sostiene que la aplicación de la penalidad se realizó de acuerdo a lo establecido en los términos de referencia como en el contrato suscrito, por la demora en la presentación del segundo informe de avance, equivalente a dieciocho (18) días calendario. Asimismo, sobre lo señalado por el Contratista respecto a que la palabra ítem no se encuentra definida en términos jurídicos en la legislación nacional, alega que existen varios pronunciamientos del OSCE donde se ha definido la adquisición por ítems.
81. Habiendo expuesto las posiciones de ambas partes, resulta necesario analizar si el cálculo de la penalidad fue aplicada de manera correcta por parte de la Entidad. Siendo ello así, tenemos que la cláusula décimo cuarta del contrato, establece que:

*"(...) 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, en concordancia con el artículo 165° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado. En todos los casos, la penalidad se aplicará automáticamente y se calculará de acuerdo a la siguiente fórmula:*

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

*F = 0.25 para plazos mayores a sesenta (60) días.*

*Tanto el monto como el plazo se refieren, según corresponda, al Contrato o ítem que debió*

*ejecutarse o, en caso que éstos involucraran obligaciones de ejecución periódica, a la prestación parcial que fuera materia de retraso.*

(...)"

(Subrayado agregado).

82. En lo que se refiere a la definición de ítem, si bien dicho término no ha sido incluido en el Anexo de Definiciones del RLCE, éste si aparece recogido en el artículo 19° del Reglamento en mención, conforme al siguiente tenor:

*"Mediante el proceso de selección, según relación de ítems, la Entidad, teniendo en cuenta la viabilidad económica, técnica y/o administrativa de la vinculación, podrá convocar en un solo proceso la contratación de bienes, servicios u obras distintas pero vinculadas entre sí con montos individuales superiores a tres (3) UIT. A cada caso les serán aplicables las reglas correspondientes al proceso principal, con las excepciones previstas en el presente Reglamento, respetándose el objeto y monto de cada ítem".*

83. Del artículo citado precedentemente, se desprende que la normativa vigente en contratación pública ha previsto la posibilidad de que cuando la Entidad requiera contratar servicios distintos pero vinculados entre sí, en lugar de realizar un proceso de selección para cada servicio, realice un único proceso de selección. En esa medida, luego de realizado el estudio de las posibilidades que ofrece el mercado correspondiente, la Entidad, teniendo en cuenta la viabilidad técnica, económica y/o administrativa de la vinculación de dichos servicios, así como la existencia de pluralidad de proveedores en el mercado, podrá convocar procesos de selección según relación de ítems<sup>9</sup>. Así, cuando un proceso de selección se convoca según relación de ítems, cada uno de éstos constituye un proceso menor dentro del proceso principal y, dentro de dicho contexto, los postores podrían presentar propuestas a uno, a varios o a todos los ítems convocados<sup>10</sup>.

84. De acuerdo a los antecedentes del contrato contenidos en su cláusula primera, se señala que con fecha 16 de mayo de 2014, el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos publicó la convocatoria y adjudicación de la Buena Pro de la Exoneración N° 001-2014-JUS, para la contratación del servicio de consultoría de obra para la elaboración de los estudios definitivos de los proyectos "Instalación del servicio de readaptación social en el Nuevo Establecimiento Penitenciario de Ica (SNIP 276849)" e "Instalación del servicio de readaptación social en el Nuevo Establecimiento Penitenciario de Arequipa, distrito de Lomas, provincia de Caravelí, departamento de Arequipa (SNIP 276867)" a la empresa IMPULSO INDUSTRIAL ALTERNATIVO S.A. SUCURSAL EN PERÚ.

85. Siendo ello así, ya suscrito el contrato, el Contratista se obligaba a brindar el servicio de consultoría de obra para la elaboración de los estudios definitivos anteriormente descritos, mediante la presentación de un Plan de Trabajo, tres Informes de Avance y un Informe Final en determinados plazos.

<sup>9</sup> Pronunciamiento N° 182-2009/DTN.

<sup>10</sup> Op. Cit.

86. En ese orden de ideas, este Árbitro Único advierte que ni en el contrato ni en los Términos de Referencia se contempla la prestación de servicios distintos entre sí, sino de un único servicio a ser brindado por el Contratista, como lo es la elaboración de estudios definitivos de los proyectos "Instalación del servicio de readaptación social en el Nuevo Establecimiento Penitenciario de Ica (SNIP 276849)" e "Instalación del servicio de readaptación social en el Nuevo Establecimiento Penitenciario de Arequipa, distrito de Lomas, provincia de Caravelí, departamento de Arequipa (SNIP 276867)". Por lo tanto la entrega del segundo informe de avance no puede ser considerada como un ítem, conforme a la normativa de contrataciones del Estado, toda vez que la entrega de los informes constituyen una forma en que se hace efectiva la prestación del único servicio materia del contrato.
87. En tal sentido, siendo que el proceso de selección que dio origen al contrato no fue convocado según relación de ítems, al tratarse de un solo servicio, la aplicación de la penalidad aplicada al Contratista por el retraso injustificado en la entrega del segundo informe de avance, ha sido calculada de manera correcta por la Entidad, es decir, en base al monto y plazo del Contrato, que es lo que acordaron las partes y, consiguientemente, no corresponde la devolución del monto de la penalidad aplicada a favor del Contratista.

#### HONORARIOS DEFINITIVOS DEL ARBITRAJE Y ASUNCIÓN DE COSTOS

88. De acuerdo a lo establecido en el artículo 70° del Decreto Legislativo que norma el Arbitraje aprobado por el Decreto Legislativo N° 1071<sup>11</sup>, el Tribunal fijará en el laudo los costos del arbitraje, comprendiendo -entre otros-, los honorarios y gastos del Tribunal Arbitral, los honorarios y gastos del Secretario, y los gastos razonables incurridos por las partes para su defensa en el arbitraje.
89. Por lo tanto, en cuanto a la determinación de los "costos del arbitraje" (entendido este como lo define el Art. 70° de la LA), a este Árbitro Único le corresponde establecer quién debe asumirlas. En tal sentido, este colegiado considera, a efectos de regular el pago de tales conceptos, revisar el correcto comportamiento procesal de las partes, y la incertidumbre jurídica que existía entre ellas y que motivó el presente arbitraje.
90. Así, teniendo en cuenta el buen comportamiento procesal desplegado por ambas partes, el hecho que éstas tenían motivos suficientes y atendibles para litigar, habida cuenta que debían defender sus pretensiones vía arbitral, así como la incertidumbre jurídica que existía entre ellas, corresponde disponer que cada parte asuma directamente los costos en que incurrió como consecuencia del presente arbitraje.

<sup>11</sup> Artículo 70.- Costos

El tribunal arbitral fijará en el laudo los costos del arbitraje. Los costos del arbitraje comprenden:

- a. Los honorarios y gastos del tribunal arbitral.
- b. Los honorarios y gastos del secretario.
- c. Los gastos administrativos de la institución arbitral.
- d. Los honorarios y gastos de los peritos o de cualquier otra asistencia requerida por el tribunal arbitral.
- e. Los gastos razonables incurridos por las partes para su defensa en el arbitraje.
- f. Los demás gastos razonables originados en las actuaciones arbitrales.

91. En cuanto a lo segundo; este Árbitro Único fija como honorarios arbitrales definitivos, las sumas de S/. 14,682.34 (Catorce mil seiscientos ochenta y dos con 34/100 Nuevos Soles) netos para el Árbitro Único, y S/. 6,913.00 (Seis mil novecientos trece con 00/100 Nuevos Soles) netos para la Secretaría Arbitral, los mismos que ya han sido cancelados en su totalidad por ambas partes en forma proporcional.

#### VIII. LAUDO

Por las razones expuestas en el análisis a los puntos controvertidos y conforme a Derecho, el Árbitro Único emite el siguiente Laudo de Derecho:

**PRIMERO:** Declarar **INFUNDADA** la primera pretensión principal de la demanda, referida a que se ordene la procedencia de la Ampliación de Plazo por treinta y seis (36) días respecto del Contrato N° 043-2014-JUS: Contratación del servicio de consultoría de obra para la elaboración de los estudios definitivos de los proyectos "Instalación del servicio de readaptación social en el nuevo establecimiento penitenciario de Ica (SNIP 276849)" e "Instalación del servicio de readaptación social en el nuevo establecimiento penitenciario de Arequipa, distrito de Lomas, provincia de Caraveli, departamento de Arequipa (SNIP 276867)" suscrito el 30 de mayo del 2014.

**SEGUNDO:** Declarar **IMPROCEDENTE** la pretensión accesoria a la primera pretensión principal de la demanda, referida a que se ordene el reconocimiento y pago a favor de Impulso Industrial Alternativo S.A. Sucursal en Perú, la suma ascendente de S/. 773,754.43 (Setecientos setenta y tres mil setecientos cincuenta y cuatro y 43/100 Nuevos Soles) incluido el IGV por concepto de gastos generales por la extensión o ampliación del plazo.

**TERCERO:** Declarar **INFUNDADA** la segunda pretensión principal de la demanda, en el extremo referido a que se declare la inaplicación de la penalidad ascendente a S/. 640,126.69 (Seiscientos cuarenta mil ciento veintiséis y 69/100 Nuevos Soles) impuesta a Impulso Industrial Alternativo S.A. Sucursal en Perú por el supuesto incumplimiento en la entrega del Segundo Informe de Avance del servicio contratado en la fecha o plazo establecido en el Contrato,

**CUARTO:** Declarar **INFUNDADA** la segunda pretensión principal de la demanda, en el extremo referido a que se ordene al Ministerio de Justicia y Derechos Humanos que proceda a la devolución de la suma referida que fuera descontada a través del segundo pago del precio contractual a favor de la demandante.

**QUINTO:** Declarar **INFUNDADA** la pretensión subordinada a la segunda pretensión principal de la demanda, en el extremo referido a que se ordene al Ministerio de Justicia y Derechos Humanos que proceda a determinar la penalidad impuesta a Industrial Alternativo S.A. Sucursal en Perú por presunto incumplimiento en la fecha de entrega del Segundo Informe de Avance del servicio contratado, tomando en consideración el monto y plazo respectivo al Segundo ítem contractual. Por tanto, que se recalcule el monto de la penalidad y, en ese sentido, se ordene al Ministerio demandado que proceda a devolver a la mencionada empresa el monto diferencial que fuera cobrado en exceso por concepto de penalidad.

**SEXO: FIJAR** como honorarios arbitrales la suma de S/. 14,682.34 (Catorce mil seiscientos ochenta y dos con 34/100 Nuevos Soles) netos para el Árbitro Único, y S/. 6,913.00 (Seis mil novecientos trece con 00/100 Nuevos Soles) netos para la Secretaría Arbitral; y **DISPONER** que cada parte asuma directamente los costos en que incurrió como consecuencia del presente arbitraje.

Notifíquese a las partes.



JOSE EYNAR ESCALANTE SOPLIN  
Árbitro Único



ARMANDO FLORES BEDOYA  
Secretario Arbitral Ad Hoc