

CENTRO DE ARBITRAJE ELIT ARBITRUM

CASO ARBITRAL 005-2022-CAEASAC

Arbitraje de Derecho seguido entre

NORMA ZUÑIGA HUANCA

Y

MUNICIPALIDAD PROVINCIAL DE ANDAHUAYLAS

LAUDO

Árbitro Único

Daniel Cuentas Pino

Secretaría Arbitral

Carlos Agüero Barriga

Lima, 19 de setiembre de 2023

Tabla de Contenido

I.	NOMBRES DE LAS PARTES Y DE SUS REPRESENTANTES.....	5
II.	CONVENIO ARBITRAL.....	5
III.	TIPO DE ARBITRAJE.....	6
IV.	SEDE DEL ARBITRAJE	6
V.	REGLAS PROCESALES APLICABLES.....	6
VI.	LEY APLICABLE AL FONDO DE LA CONTROVERSIA	6
VII.	CONFORMACIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL	6
VIII.	DESARROLLO DEL PROCESO ARBITRAL	6
IX.	ANTECEDENTES DEL CASO	12
X.	DECLARACIONES DEL ÁRBITRO ÚNICO	13
XI.	ANÁLISIS DE LAS PRETENSIONES.....	15
	ANÁLISIS DE LA SEGUNDA CUESTIÓN CONTROVERTIDA DERIVADA DE LA SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL DE LA DEMANDA.....	16
	POSICIÓN DE LA CONTRATISTA	16
	POSICIÓN DE LA MUNICIPALIDAD	18
	ANÁLISIS Y DECISIÓN DEL ÁRBITRO ÚNICO.....	19
	ANÁLISIS DE LA TERCERA CUESTIÓN CONTROVERTIDA DERIVADA DE LA TERCERA PRETENSIÓN PRINCIPAL DE LA DEMANDA.....	31
	POSICIÓN DE LA CONTRATISTA	31
	POSICIÓN DE LA MUNICIPALIDAD	32
	ANÁLISIS Y DECISIÓN DEL ÁRBITRO ÚNICO.....	32
	ANÁLISIS DE LA CUARTA CUESTIÓN CONTROVERTIDA DERIVADA DE LA CUARTA PRETENSIÓN PRINCIPAL.....	39
	POSICIÓN DE LA CONTRATISTA	39
	POSICIÓN DE LA MUNICIPALIDAD	40
	ANÁLISIS Y DECISIÓN DEL ÁRBITRO ÚNICO.....	40
	ANÁLISIS DE LA QUINTA CUESTIÓN CONTROVERTIDA DERIVADA DE LA QUINTA PRETENSIÓN DE LA DEMANDA	42
	POSICIÓN DE LA CONTRATISTA	42
	POSICIÓN DE LA MUNICIPALIDAD	43
	ANÁLISIS Y DECISIÓN DEL ÁRBITRO ÚNICO.....	43
	ANÁLISIS DE LA SEXTA CUESTIÓN CONTROVERTIDA DERIVADA DE LA SEXTA PRETENSIÓN PRINCIPAL.....	46
	POSICIÓN DE LA CONTRATISTA	46
	POSICIÓN DE LA MUNICIPALIDAD	46
	ANÁLISIS Y DECISIÓN DEL ÁRBITRO ÚNICO.....	47
	POSICIÓN DE LA CONTRATISTA	50

POSICIÓN DE LA MUNICIPALIDAD	53
ANÁLISIS Y DECISIÓN DEL ÁRBITRO ÚNICO	54
ANÁLISIS DE LA SÉPTIMA CUESTIÓN CONTROVERTIDA DERIVADA DE LA SÉPTIMA PRETENSIÓN PRINCIPAL.....	55
POSICIÓN DE LA CONTRATISTA	55
POSICIÓN DE LA MUNICIPALIDAD	55
ANÁLISIS Y DECISIÓN DEL ÁRBITRO ÚNICO	55
XII. DECISIÓN:	59

GLOSARIO DE TÉRMINOS	
Términos	Abreviaturas
Norma Zuñiga Huanca	DEMANDANTE o LA CONTRATISTA, indistintamente
Municipalidad Distrital de Andahuaylas	DEMANDADA o MUNICIPALIDAD, indistintamente
Son conjuntamente el Contratista y la ENTIDAD	LAS PARTES
Contrato N° 372-2020-MPA-GM de "CONTRATACIÓN DEL SERVICIO DE MANTENIMIENTO PERIÓDICO Y RUTINARIO DE LOS CAMINOS VECINALES: AP-952 – RUTA: EMP. AP-100_ COLPA CON 10.00 KM DE LONGITUD, RUTA: EMP. PE – 3S EMP. PE 3S CON 10.80 KM DE LONGITUD, DEL DISTRITO DE KISHUARA PROVINCIA DE ANDAHUAYLAS, DEPARTAMENTO DE APURÍMAC, CON UNA LONGITUD TOTAL DE 30.80 KM".	EL CONTRATO
Daniel Cuentas Pino	ÁRBITRO ÚNICO
Centro de Arbitraje Elit Arbitrum	EL CENTRO
Decreto de Urgencia N° 070-2020	DU 070-2020
Ley N° 30225, modificado por el Decreto Legislativo N° 1444	LCE
Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 344-218-EF, modificado por el Decreto Supremo N° 377-2019-EF.	RLCE

Lima, 19 de setiembre de 2023

I. NOMBRES DE LAS PARTES Y DE SUS REPRESENTANTES

1. La parte demandante es la señora Norma Zuñiga Huanca (en adelante, la Contratista o la Demandante), debidamente identificada con el DNI N° 43292557.
2. La parte demandada es la Municipalidad Provincial de Andahuaylas. (en adelante, la Municipalidad, o la Demandada), representada por el Procurador Público Edwin Percy Guizado Mendoza, identificado con el DNI N° 08618806.
3. La Contratista y la Municipalidad son las partes del presente proceso arbitral (en adelante, Las Partes).

II. CONVENIO ARBITRAL

4. El Convenio Arbitral se encuentra pactado en la Cláusula Décima Novena del Contrato Gerencial N° 372-2020-MPA-GM "CONTRATACIÓN DEL SERVICIO DE MANTENIMIENTO PERIÓDICO Y RUTINARIO DE LOS CAMINOS VECINALES: AP-952 – RUTA: EMP. AP-100_ COLPA CON 10.00 KM DE LONGITUD, RUTA: EMP. PE – 3S EMP. PE 3S CON 10.80 KM DE LONGITUD, DEL DISTRITO DE KISHUARA PROVINCIA DE ANDAHUAYLAS, DEPARTAMENTO DE APURÍMAC, CON UNA LONGITUD TOTAL DE 30.80 KM", celebrado el 21 de septiembre de 2020, cuyo tenor es el siguiente:

«CLÁUSULA DÉCIMA NOVENA: SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

Las controversias que surjan entre las partes durante la ejecución del contrato se resuelven mediante conciliación o arbitraje, según el acuerdo de las partes.

Cualquiera de las partes tiene derecho a iniciar el arbitraje a fin de resolver dichas controversias dentro del plazo de caducidad previsto en la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento

Facultativamente, cualquiera de las partes tiene el derecho a solicitar una conciliación dentro del plazo de caducidad correspondiente, según lo señalado en el artículo 224 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, sin perjuicio de recurrir al arbitraje, en caso no se llegue a un acuerdo entre ambas partes o se llegue a un acuerdo parcial. Las controversias sobre nulidad del contrato solo pueden ser sometidas a arbitraje.

El Laudo arbitral emitido es inapelable, definitivo y obligatorio para las partes desde el momento de su notificación, según lo

previsto en el numeral 45.21 del artículo 45 de la Ley de Contrataciones del Estado».

III. TIPO DE ARBITRAJE

5. El presente arbitraje es INSTITUCIONAL, NACIONAL y de DERECHO.

IV. SEDE DEL ARBITRAJE

6. De conformidad con la Orden Procesal N° 1, de fecha 10 junio de 2022, el lugar del arbitraje es la ciudad del Cusco, y como sede institucional en la Urb. Residencial Huancaro, Av. Industrial D-9, Oficina 102, ubicado en el distrito de Santiago, provincia y departamento del Cusco. A su vez, la mencionada Orden Procesal establece que todas las decisiones, resoluciones y comunicaciones del Árbitro Único se entienden emitidas en la sede del arbitraje, independientemente del lugar físico donde se encuentren sus miembros o del lugar donde sean firmados los instrumentos que las contienen.

V. REGLAS PROCESALES APLICABLES

7. Las reglas del Proceso Arbitral son las establecidas en la Orden Procesal N° 2, de fecha 27 de junio de 2022, y las contenidas en el Reglamento de Arbitraje del Centro de Arbitraje Elit Arbitrium.

8. Asimismo, son de aplicación supletoria las reglas contenidas en el Decreto Legislativo N° 1071, Ley de Arbitraje.

VI. LEY APLICABLE AL FONDO DE LA CONTROVERSIA

9. La legislación aplicable para resolver el fondo de la controversia sometida al presente proceso arbitral es la contenida en la cláusula Décima Octava del Contrato, conforme se aprecia a continuación:

CLÁUSULA DÉCIMA OCTAVA: MARCO LEGAL DEL CONTRATO

Sólo en lo no previsto en este contrato, en la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento, en las directivas que emita el OSCE y demás normativa especial que resulte aplicable, serán de aplicación supletoria las disposiciones pertinentes del Código Civil vigente, cuando corresponda, y demás normas de derecho privado.

VII. CONFORMACIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL

10. El 30 de mayo de 2022, el Consejo Superior de Arbitraje designó al abogado Daniel Cuentas Pino como Árbitro Único para el presente arbitraje, el cual aceptó dicha designación el 31 de mayo del mismo año.

VIII. DESARROLLO DEL PROCESO ARBITRAL

11. Mediante Orden Procesal N° 1 de fecha 10 de junio de 2022, se emitió el proyecto de reglas del presente arbitraje.

12. Mediante Orden Procesal N° 2, con fecha 27 de junio de 2022, el Árbitro Único estableció las reglas definitivas del presente proceso arbitral. A través de la misma Orden Procesal, el Tribunal Arbitral Unipersonal otorgó a la parte demandante el plazo de quince (15) días hábiles a fin de que presente su escrito de demanda.
13. Con fecha 18 de julio de 2022, la Contratista presentó su demanda arbitral, mediante la cual formuló las siguientes pretensiones:

«PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL:

“Que, el árbitro único, proceda a declarar la nulidad y/o invalidez y/o sin efecto legal la Resolución Gerencial N° 0224-2021-GM-MPA, de fecha 22 de diciembre de 2021, a través de la cual la Municipalidad Provincial de Andahuaylas resuelve de manera parcial el Contrato Gerencial N° 372-2020-MPA-GM – RES-PROC-036-2020-MPA-1 Contratación del servicio de mantenimiento periódico y rutinario de los caminos vecinales: AP-952 – Ruta: Emp. AP-100 Colpa con 10.00 KM DE LONGITUD, Ruta: Emp. PE 3S Lambraspata con 10.00 KM de LONGITUD, Ruta: Emp. PE – 3S Emp. PE 3S con 10.80 KM DE LONGITUD, DEL DISTRITO DE KISHUARA PROVINCIA DE ANDAHUAYLAS”.

SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL:

“Que, el árbitro único proceda a declarar sin efecto la indebida e irregular aplicación de penalidad por mora, hasta por la suma de S/ 210,026.40 (DOSCIENTOS DIEZ MIL VEINTISÉIS CON 40/100 SOLES) por parte de la Municipalidad Provincial de Andahuaylas, en el marco de la ejecución del el Contrato Gerencial N° 372-2020-MPA-GM–RES-PROC-036-2020-MPA-1 Contratación del servicio de mantenimiento periódico y rutinario de los caminos vecinales: AP-952 – Ruta: Emp. AP-100 Colpa con 10.00 KM DE LONGITUD, Ruta: Emp. PE 3S Lambraspata con 10.00 KM de LONGITUD, Ruta: Emp. PE – 3S Emp. PE 3S con 10.80 KM DE LONGITUD, DEL DISTRITO DE KISHUARA PROVINCIA DE ANDAHUAYLAS”.

TERCERA PRETENSIÓN PRINCIPAL:

“Que, el árbitro único proceda a declarar sin efecto la indebida e irregular aplicación de otras penalidad, hasta por la suma de S/ 210,026.40 (DOSCIENTOS DIEZ MIL VEINTISÉIS CON 40/100 SOLES), por parte de la Municipalidad Provincial de Andahuaylas, en el marco de la ejecución del Contrato Gerencial N° 372-2020-MPA-GM – RES-PROC-036-2020-MPA-1 Contratación del servicio de mantenimiento periódico y rutinario de los caminos vecinales: AP-952 – Ruta: Emp. AP-100 Colpa con 10.00 KM DE LONGITUD, Ruta: Emp. PE-3S Lambraspata Con 10.00 KM de LONGITUD, Ruta: Emp. PE – 3S Emp. PE 3S con 10.80 KM DE LONGITUD, DEL DISTRITO DE KISHUARA PROVINCIA DE ANDAHUAYLAS”.

CUARTA PRETENSIÓN PRINCIPAL:

"Que, el árbitro único ordene a la Municipalidad Provincial de Andahuaylas, disponga el pago y/o devolución de los montos que correspondan a la ejecución de la penalidad por mora y otras penalidades que asciende a la suma de S/ 420,052.80, indebidamente aplicadas en el marco de la ejecución del Contrato Gerencial N° 372-2020-MPA-GM – RES-PROC-036-2020-MPA-1 Contratación del servicio de mantenimiento periódico y rutinario de los caminos vecinales: AP-952 – Ruta: Emp. AP-100 Colpa con 10.00 KM DE LONGITUD, Ruta: Emp. PE-3S Lambraspata Con 10.00 KM de LONGITUD, Ruta: Emp. PE – 3S Emp. PE 3S con 10.80 KM DE LONGITUD, DEL DISTRITO DE KISHUARA PROVINCIA DE ANDAHUAYLAS".

QUINTA PRETENSIÓN PRINCIPAL:

"Que el árbitro único ordene a la Municipalidad Provincial de Andahuaylas al reconocimiento y pago de los intereses legales por retraso injustificado el pago de la contraprestación correspondiente a las valorizaciones del servicio de mantenimiento periódico y rutinario de los caminos vecinales: AP-952 – Ruta: Emp. AP-100 Colpa con 10.00 KM DE LONGITUD, Ruta: Emp. PE-3S Lambraspata Con 10.00 KM de LONGITUD, Ruta: Emp. PE – 3S Emp. PE 3S con 10.80 KM DE LONGITUD, DEL DISTRITO DE KISHUARA PROVINCIA DE ANDAHUAYLAS, que asciende a la suma de S/ 4,957.63".

SEXTA PRETENSIÓN PRINCIPAL

"Que el árbitro único ordene a la Municipalidad Provincial de Andahuaylas a la devolución y/o reintegro de la garantía de fiel cumplimiento por la suma de S/210,026.40, otorgado mediante retención durante la ejecución del del Contrato Gerencial N° 372-2020-MPA-GM – RES-PROC-036-2020-MPA-1 Contratación del servicio de mantenimiento periódico y rutinario de los caminos vecinales: AP-952 – Ruta: Emp. AP-100 Colpa con 10.00 KM DE LONGITUD, Ruta: Emp. PE-3 Lambraspata Con 10.00 KM de LONGITUD, Ruta: Emp. PE – 3S Emp. PE 3S con 10.80 KM DE LONGITUD, DEL DISTRITO DE KISHUARA PROVINCIA DE ANDAHUAYLAS".

SÉTIMA PRETENSIÓN PRINCIPAL

"Que, el Árbitro Único ordene a la Municipalidad Provincial de Andahuaylas, el reconocimiento y pago íntegro de los costos y costas procesales"»).

14. Mediante Orden Procesal N° 3 de fecha 26 de julio de 2022, el Árbitro Único admitió la demanda y corrió traslado a la Municipalidad para que esta cumpliera con absolverla. No obstante, se advirtió que dicha notificación no fue remitida al domicilio físico de la Entidad, como fuera solicitado.

15. Mediante Orden Procesal N° 4, de fecha 6 de septiembre de 2022, el Árbitro Único dispuso notificar físicamente a la demandada y otorgó un plazo de quince (15) días hábiles para que la Municipalidad Provincial de Andahuaylas conteste la demanda. A su vez, precisó que de no contestar la demanda en el plazo otorgado se declarará la renuencia a la que refiere el artículo 40.2 del Reglamento de Arbitraje del Centro.
16. El 21 de septiembre de 2022, la Municipalidad presentó su contestación de demanda y su reconvención en esta.
17. El 03 de octubre de 2022, mediante Orden Procesal N° 5, el Árbitro Único admitió la demanda reconvencional y otorgó a la Contratista un plazo de quince (15) días para presentar su contestación a la demanda reconvencional.
18. Mediante Orden Procesal N° 6, con fecha 30 de diciembre de 2022, el Árbitro Único otorgó el plazo de diez (10) días hábiles para que la Demandante cumpla con efectuar el pago en vía subrogada de la Entidad Municipal. Del mismo modo, ordenó a la Demandada cumplir con la inscripción en el SEACE de los nombres y apellidos del árbitro único y secretario arbitral en un plazo de cinco (5) días hábiles.
19. Mediante Orden Procesal N° 7, con fecha 20 de enero de 2023, el Árbitro Único se otorgan diez días adicionales al demandante para que complete los gastos arbitrales pendientes, bajo apercibimiento de suspender el proceso. A su vez, en esta misma Orden Procesal, el Árbitro Único otorgó a la Municipalidad un plazo excepcional de cinco (5) días hábiles para que acredite la inscripción en el SEACE del presente arbitraje.
20. El 20 de febrero de 2023, mediante Orden Procesal N° 8, el Árbitro Único suspendió el proceso arbitral por falta de pago. por el plazo de veinte (20) días.
21. Mediante Orden Procesal N° 9, de fecha 10 de marzo de 2023, el Árbitro Único levantó la suspensión del proceso disponiendo la continuación de las actuaciones. De igual manera, en esta Orden Procesal, se fijaron los puntos controvertidos y las materias de pronunciamiento en el laudo, según lo siguiente:

«PRIMER PUNTO CONTROVERTIDO:

“DETERMINAR SI CORRESPONDE O NO, Que, el árbitro único, proceda a declarar la nulidad y/o invalidez y/o sin efecto legal la Resolución Gerencial N° 0224-2021-GM-MPA, de fecha 22 de diciembre de 2021, a través de la cual la Municipalidad Provincial de Andahuaylas resuelve de manera parcial el Contrato Gerencial N° 372-2020-MPA-GM – RES-PROC-036-2020-MPA-1 Contratación del servicio de mantenimiento periódico y rutinario de los caminos vecinales: AP-952 – Ruta: Emp. AP-100 Colpa con 10.00 KM DE LONGITUD, Ruta: Emp. PE 3S Lambraspata con 10.00 KM de LONGITUD, Ruta: Emp. PE – 3S Emp. PE 3S con 10.80 KM DE

LONGITUD, DEL DISTRITO DE KISHUARA PROVINCIA DE ANDAHUAYLAS".

SEGUNDO PUNTO CONTROVERTIDO:

"DETERMINAR SI CORRESPONDE O NO, Que, el árbitro único proceda a declarar sin efecto la indebida e irregular aplicación de penalidad por mora, hasta por la suma de S/ 210,026.40 (DOSCIENTOS DIEZ MIL VEINTISÉIS CON 40/100 SOLES) por parte de la Municipalidad Provincial de Andahuaylas, en el marco de la ejecución del el Contrato Gerencial N° 372-2020-MPA-GM-RES-PROC-036-2020-MPA-1 Contratación del servicio de mantenimiento periódico y rutinario de los caminos vecinales: AP-952 – Ruta: Emp. AP-100 Colpa con 10.00 KM DE LONGITUD, Ruta: Emp. PE 3S Lambraspata con 10.00 KM de LONGITUD, Ruta: Emp. PE – 3S Emp. PE 3S con 10.80 KM DE LONGITUD, DEL DISTRITO DE KISHUARA PROVINCIA DE ANDAHUAYLAS".

TERCER PUNTO CONTROVERTIDO:

"DETERMINAR SI CORRESPONDE O NO, Que, el árbitro único proceda a declarar sin efecto la indebida e irregular aplicación de otras penalidad, hasta por la suma de S/ 210,026.40 (DOSCIENTOS DIEZ MIL VEINTISÉIS CON 40/100 SOLES), por parte de la Municipalidad Provincial de Andahuaylas, en el marco de la ejecución del Contrato Gerencial N° 372-2020-MPA-GM – RES-PROC-036-2020-MPA-1 Contratación del servicio de mantenimiento periódico y rutinario de los caminos vecinales: AP-952 – Ruta: Emp. AP-100 Colpa con 10.00 KM DE LONGITUD, Ruta: Emp. PE-3S Lambraspata Con 10.00 KM de LONGITUD, Ruta: Emp. PE – 3S Emp. PE 3S con 10.80 KM DE LONGITUD, DEL DISTRITO DE KISHUARA PROVINCIA DE ANDAHUAYLAS".

CUARTO PUNTO CONTROVERTIDO:

"DETERMINAR SI CORRESPONDE O NO, Que, el árbitro único ordene a la Municipalidad Provincial de Andahuaylas, disponga el pago y/o devolución de los montos que correspondan a la ejecución de la penalidad por mora y otras penalidades que asciende a la suma de S/ 420,052.80, indebidamente aplicadas en el marco de la ejecución del Contrato Gerencial N° 372-2020-MPA-GM – RES-PROC-036-2020-MPA-1 Contratación del servicio de mantenimiento periódico y rutinario de los caminos vecinales: AP-952 – Ruta: Emp. AP-100 Colpa con 10.00 KM DE LONGITUD, Ruta: Emp. PE-3S Lambraspata Con 10.00 KM de LONGITUD, Ruta: Emp. PE – 3S Emp. PE 3S con 10.80 KM DE LONGITUD, DEL DISTRITO DE KISHUARA PROVINCIA DE ANDAHUAYLAS".

QUINTO PUNTO CONTROVERTIDO:

"DETERMINAR SI CORRESPONDE O NO, Que el árbitro único ordene a la Municipalidad Provincial de Andahuaylas al reconocimiento y pago de los intereses legales por retraso injustificado el pago de la contraprestación correspondiente a las valorizaciones del servicio de mantenimiento periódico y rutinario de los caminos

vecinales: AP-952 – Ruta: Emp. AP-100 Colpa con 10.00 KM DE LONGITUD, Ruta: Emp. PE-3S Lambraspata Con 10.00 KM de LONGITUD, Ruta: Emp. PE – 3S Emp. PE 3S con 10.80 KM DE LONGITUD, DEL DISTRITO DE KISHUARA PROVINCIA DE ANDAHUAYLAS, que asciende a la suma de S/ 4,957.63”.

SEXTO PUNTO CONTROVERTIDO:

“DETERMINAR SI CORRESPONDE O NO QUE, Que el árbitro único ordene a la Municipalidad Provincial de Andahuaylas a la devolución y/o reintegro de la garantía de fiel cumplimiento por la suma de S/210,026.40, otorgado mediante retención durante la ejecución del del Contrato Gerencial N° 372-2020-MPA-GM – RES-PROC-036-2020-MPA-1 Contratación del servicio de mantenimiento periódico y rutinario de los caminos vecinales: AP-952 – Ruta: Emp. AP-100 Colpa con 10.00 KM DE LONGITUD, Ruta: Emp. PE-3 Lambraspata Con 10.00 KM de LONGITUD, Ruta: Emp. PE – 3S Emp. PE 3S con 10.80 KM DE LONGITUD, DEL DISTRITO DE KISHUARA PROVINCIA DE ANDAHUAYLAS”.

SÉTIMO PUNTO CONTROVERTIDO:

“DETERMINAR SI CORRESPONDE O NO, Que, el Árbitro Único ordene a la Municipalidad Provincial de Andahuaylas, el reconocimiento y pago íntegro de los costos y costas procesales”.

Materias de pronunciamiento derivadas de la pretensión reconvenzional contenida en la contestación a la demanda

OCTAVO PUNTO CONTROVERTIDO:

“DETERMINAR SI CORRESPONDE O NO, solicitar la Resolución total del Contrato Gerencial N° 372-2020-MPA-GM, RES-PROC-036-2020-MPA-1”».

22. Del mismo modo, mediante esta misma Orden Procesal, el Tribunal Arbitral admitió los medios probatorios presentados por las partes y otorgó a la Municipalidad un plazo de diez (10) días hábiles para que cumpla con la exhibición de los comprobantes de pago de todos los pagos efectuados a su persona, las facturas, retenciones y penalidades aplicadas solicitada señala en el numeral 21.
23. Mediante Orden Procesal N° 10, con fecha 3 de abril de 2023, el Árbitro Único señaló el incumplimiento de la parte demandada en relación con la exhibición ordenada mediante la anterior Orden Procesal. Del mismo modo, citó a las partes a la Audiencia de Ilustración de Hechos, para el miércoles 26 de abril del 2023 a horas 10:00 a.m mediante la plataforma Google Meet.
24. Mediante Orden Procesal N° 11, con fecha 18 de abril de 2023, el Árbitro Único corrió traslado a la demandante para que en el plazo de tres (3) días manifieste lo conveniente a su derecho en relación con la reconsideración presentada por la Municipalidad respecto de la exhibición ordenada.

25. Mediante Orden Procesal N° 12, el Árbitro Único declaró fundada la reconsideración al Primer Punto Resolutivo de la Orden Procesal N° 10 solicitada por la Municipalidad en relación con la exhibición, la cual fue reformulada por la Contratista a la presentación de una copia fedateada de los pagos efectuados, por lo que el Árbitro Único otorgó a la demandada un plazo de diez (10) días hábiles para realizar mencionada presentación.
26. El 31 de mayo de 2023, mediante Orden Procesal N° 13, el Árbitro Único otorgó a las partes un plazo de cinco (5) días hábiles para que envíen sus alegatos escritos.
27. Mediante Orden Procesal N° 14, con fecha 15 de junio de 2023, se citó a las partes a una Audiencia de Informes Orales para el día 30 de junio del 2023 a horas 10:00 a.m mediante la plataforma Google Meet.
28. Con Orden Procesal N° 15, de fecha 27 de junio de 2023, el Árbitro Único reprogramó la audiencia de alegatos para el día lunes 10 de julio del 2023 a horas 10:00 a.m.
29. Mediante Orden Procesal N° 16, con fecha 31 de julio de 2023, el Árbitro Único declaró improcedente el escrito de Alegatos presentado por la Contratista el 21 de julio de 2023 por encontrarse fuera de plazo. A su vez, en esta misma Orden Procesal, manifestó el cierre de la instrucción y fijó el plazo para laudar en veinte (20) días hábiles desde el referido cierre, de conformidad con el numeral 1 del artículo 45 del Reglamento y prorrogó dicho plazo en quince (15) días hábiles adicionales.
30. Mediante la Orden Procesal N° 17, se dejó constancia de la prórroga de quince (15) días hábiles para emitir el laudo, señalando que el plazo para laudar vencerá indefectiblemente el 19 de setiembre de 2023, fecha en la que deberá ser remitido al Centro.

IX. ANTECEDENTES DEL CASO

31. Con fecha 21 de septiembre de 2020, se suscribió el Contrato Gerencial N° 372-2020-MPA-GM-RES-PROC-036-2020-MPA-1 Contratación del servicio de mantenimiento periódico y rutinario de los caminos vecinales: AP-952 – Ruta: Emp. AP-100 Colpa con 10.00 KM de longitud, Ruta: Emp. PE-3S Lambraspata con 10.00 KM de LONGITUD, Ruta: Emp. PE – 3S Emp. PE 3S con 10.80 KM DE LONGITUD, DEL DISTRITO DE KISHUARA PROVINCIA DE ANDAHUAYLAS, DEPARTAMENTO DE APURÍMAC, CON UNA LONGITUD TOTAL 30.80 KM, teniendo como marco legal el Decreto de Urgencia N° 070-2020 y la Ley N° 30225 Ley de Contrataciones del Estado y su reglamento aprobado D.S. N° 344-2018-EF y sus respectivas modificaciones.
32. Por Resolución Gerencial N° 39-2020-GDUR-MPA, de fecha 11 de noviembre de 2020, se aprueba el Plan de Trabajo del servicio “Mantenimiento periódico y rutinario de los caminos vecinales: AP-952 – Ruta: Emp. AP-100 Colpa con 10.00 KM de longitud, Ruta: Emp. PE-3S Lambraspata Con 10.00 KM de LONGITUD, Ruta: Emp. PE – 3S Emp. PE 3S con 10.80 KM DE LONGITUD, DEL DISTRITO DE KISHUARA PROVINCIA DE ANDAHUAYLAS, DEPARTAMENTO DE

APURÍMAC, CON UNA LONGITUD TOTAL 30.80 KM", por la suma de S/ 2'086,284.97.

33. El 30 de noviembre de 2020, se suscribe el acta de libre disponibilidad de terreno y cantera para uso como material de afirmado.
34. A través del Informe N° 19-2020-OODF/MPA-IO, de fecha 23 de diciembre de 2020, el inspector de obra otorga la aprobación y conformidad respecto a la valorización N° 01 del mes de diciembre de 2020.
35. El 12 de mayo de 2021, se suscribe el acta de reinicio de ejecución del servicio de "Mantenimiento periódico y rutinario de los caminos vecinales: AP-952 – Ruta: Emp. AP-100 Colpa con 10.00 KM de longitud, Ruta: Emp. PE-3S Lambraspata Con 10.00 KM de LONGITUD, Ruta: Emp. PE – 3S Emp. PE 3S con 10.80 KM DE LONGITUD, DEL DISTRITO DE KISHUARA PROVINCIA DE ANDAHUAYLAS, DEPARTAMENTO DE APURÍMAC, CON UNA LONGITUD TOTAL 30.80 KM".
36. Con la Carta Notarial N° 1168, de fecha 23 de diciembre de 2021, se notifica la Resolución Gerencial N° 0224-2021-GM-MPA a través de la cual la Municipalidad Provincial de Andahuaylas resuelve de manera parcial el Contrato Gerencial N° 372-2020-MPA-GM – RES-PROC-036-2020-MPA-1 Contratación del servicio de mantenimiento periódico y rutinario de los caminos vecinales: AP-952 – Ruta: Emp. AP-100 Colpa con 10.00 KM DE LONGITUD, Ruta: Emp. PE-3S Lambraspata Con 10.00 KM de LONGITUD, Ruta: Emp. PE – 3S Emp. PE 3S con 10.80 KM DE LONGITUD, DEL DISTRITO DE KISHUARA PROVINCIA DE ANDAHUAYLAS.
37. Mediante la Carta MÚLTIPLE N° 41-2021-MPA-DGUR, la Municipalidad convoca a la Contratista a efectuar la constatación en campo del avance físico del servicio de mantenimiento.
38. A través del Informe N° 460-2021-MPA-GDUR/CHC-AT, con fecha 31 de diciembre de 2021, el analista técnico de la Municipalidad remite el Informe Técnico de campo del avance físico del servicio de mantenimiento.
39. Con los antecedentes señalados, los que no son controvertidos entre las Partes, se da inicio al arbitraje a fin de resolver sus discrepancias acerca de la resolución del Contrato y las penalidades impuestas.

X. DECLARACIONES DEL ÁRBITRO ÚNICO

40. Previo al análisis de la materia controvertida objeto del presente laudo, el Árbitro Único estima pertinente dejar constancia de lo siguiente:
 - (i) El arbitraje se ha iniciado de conformidad con lo establecido en el Convenio Arbitral suscrito entre las partes, el Reglamento de Arbitraje del Centro, así como al amparo de la normativa vigente al tiempo de las relaciones contractuales: Ley de Contrataciones del Estado - la Ley N° 30225, modificada por el Decreto Legislativo N° 1444 (en

adelante, la LCE) y su Reglamento - Decreto Supremo N° 344-218-EF, modificado por el Decreto Supremo N° 377-2019-EF. Asimismo, el Árbitro Único ha asumido competencia para resolver la presente controversia sin que su participación haya sido motivo de cuestionamiento alguno por las partes.

- (ii) El contratista presentó su demanda dentro de los plazos dispuestos. Asimismo, la Entidad fue debidamente emplazada con dicha demanda y todos sus anexos; contestando la demanda dentro del plazo otorgado.
- (iii) Se desarrollaron todas las actuaciones previstas en las reglas aplicables al arbitraje y las necesarias para emitir el presente pronunciamiento, dentro de las cuales las partes han tenido oportunidad suficiente para ejercer su derecho de defensa, contradecir y ser escuchadas en audiencia.
- (iv) Las partes también han tenido oportunidad suficiente para reconsiderar cualquier decisión emitida por el Árbitro Único, que se hubiere dictado con inobservancia de una regla establecida para el desarrollo del arbitraje o una disposición del Decreto Legislativo N° 1071.
- (v) Para la emisión del presente laudo, el Árbitro Único ha analizado todos los argumentos de defensa expuestos por las partes y examinado todas las pruebas presentadas y actuadas en el arbitraje, de acuerdo con las reglas de la sana crítica y al principio de libre valoración de la prueba recogido en el artículo 43° de la Ley de Arbitraje. De este modo, la decisión plasmada en el presente laudo es el resultado del referido análisis, al margen que algunas de las pruebas presentadas o actuadas, y algunos de los argumentos esgrimidos, no hayan sido expresamente citados.
- (vi) Estando a lo dispuesto en la mencionada Ley, el Árbitro Único advierte a las partes que la valoración de las pruebas en que se sustenta la decisión y los fundamentos de hecho y de derecho para admitir o rechazar las respectivas pretensiones y defensas de las partes, se van a desarrollar en forma conjunta en los considerandos del presente laudo.
- (vii) Se reitera que, en lo correspondiente a la valoración de los medios probatorios aportados por las partes, el Árbitro Único deja expresa constancia que en el presente proceso arbitral se ha actuado de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 43° de la Ley de Arbitraje, en el que se señala que:

«El Tribunal Arbitral tiene la facultad para determinar de manera exclusiva la admisión, pertinencia, actuación y valor de las pruebas y para ordenar en cualquier

momento la presentación o la actuación de las pruebas que estime necesarios».

- (viii) Además, el Árbitro Único señala que constituye un criterio unánimemente aceptado (extensible a los árbitros) que los jueces no están obligados a exponer y refutar en sus sentencias (o laudos) todos y cada uno de los argumentos de las partes ni a reseñar el modo en que ha ponderado todas y cada una de las pruebas producidas¹. La eventual ausencia de mención en este Laudo de algún argumento, pieza o fundamento indicado por las partes no implica, empero, que el Árbitro Único haya dejado de sopesar y considerar todos los elementos de juicio relevantes que le han sido aportados.
- (ix) De igual modo, el Árbitro Único deja constancia que el presente Laudo cumple con lo dispuesto en el artículo 56.1 y 56.2 de la Ley de Arbitraje que señala que todo laudo debe ser motivado.

41. Estando a las circunstancias verificadas anteriormente, el Árbitro Único concluye que no existe vicio alguno que afecte la validez del arbitraje, por lo que emite el presente laudo, dentro del plazo establecido de común acuerdo por ambas partes, sobre la base de los siguientes fundamentos.

XI. ANÁLISIS DE LAS PRETENSIONES

42. En el presente Laudo, el Árbitro Único analizará y se pronunciará sobre las pretensiones planteadas, revisando las posiciones que ambas partes han presentado en relación con cada una de las pretensiones. Posteriormente, el Árbitro Único fijará su posición al respecto. La mencionada dinámica se aplicará para cada pretensión planteada.
43. De conformidad con la reserva contenida en el numeral 8) de la Orden Procesal N° 9, el Árbitro Único desarrollará su análisis sobre las pretensiones reservándose el pronunciamiento de la primera pretensión principal de la demanda y la pretensión reconvenzional luego de haber analizado las demás pretensiones, por cuanto ambas pretensiones guardan vinculación de acuerdo con los argumentos fácticos y jurídicos expuestos por las partes.

¹ Palacio, Lino E. y Alvarado Velloso, Adolfo: Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Explicado y anotado jurisprudencial y bibliográficamente, ed. Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires-Santa Fe, 1992, tomo 5, comentario al artículo 163, p. 406.

El Tribunal Constitucional ha confirmado este criterio, al señalar: *“En primer lugar, expedida por los emplazados, obrante a fojas veintitrés, según se desprende de la sentencia el Tribunal Constitucional considera que no se ha violado el derecho a la motivación de las resoluciones judiciales. En efecto, como antes se ha expresado, dicho atributo no garantiza que el juzgador tenga que pronunciarse pormenorizadamente sobre cada uno de los extremos en los que el actor apoyó parte de su defensa procesal. Es suficiente que exista una referencia explícita a que no se comparten los criterios de defensa o que los cargos imputados al acusado no hayan sido enervados con los diversos medios de prueba actuados a lo largo del proceso, lo que cumple con efectuarlo la sentencia cuestionada, especialmente en el tercer considerando.”* (Expte. Nro. 1230-2002-HC/TC, FJ. 13).

En igual sentido: *“Si bien, como ha establecido este Tribunal en reiterada jurisprudencia, no se trata de dar respuesta a cada una de las pretensiones planteadas, la insuficiencia, vista aquí en términos generales, solo resultará relevante desde una perspectiva constitucional si es que la ausencia de argumentos o la “insuficiencia” de fundamentos resulta manifiesta a la luz de lo que en sustancia se está decidiendo.”* (Expte. nro. 03864-2014-PA/TC, FJ. 27).

ANÁLISIS DE LA SEGUNDA CUESTIÓN CONTROVERTIDA DERIVADA DE LA SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL DE LA DEMANDA

SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL

«Que, el árbitro único proceda a declarar sin efecto la indebida e irregular aplicación de penalidad por mora, hasta por la suma de S/ 210,026.40 (DOSCIENTOS DIEZ MIL VEINTISÉIS CON 40/100 SOLES) por parte de la Municipalidad Provincial de Andahuaylas, en el marco de la ejecución del el Contrato Gerencial N° 372-2020-MPA-GM-RES-PROC-036-2020-MPA-1 Contratación del servicio de mantenimiento periódico y rutinario de los caminos vecinales: AP-952 – Ruta: Emp. AP-100 Colpa con 10.00 KM DE LONGITUD, Ruta: Emp. PE 3S Lambraspata con 10.00 KM de LONGITUD, Ruta: Emp. PE – 3S Emp. PE 3S con 10.80 KM DE LONGITUD, DEL DISTRITO DE KISHUARA PROVINCIA DE ANDAHUAYLAS».

POSICIÓN DE LA CONTRATISTA

44. La Contratista señala que ha cumplido dentro de los plazos previstos y sin mayor observación la prestación de la FASE I, esto es, con la presentación del Plan de Trabajo, motivo por el cual la entidad demandada procede a su aprobación tal como se tiene de la Resolución Gerencial N° 39-2020GDUR-MPA, de fecha 11 de noviembre de 2020, en cuya parte resolutive establece aprobar el Plan de Trabajo del servicio “Mantenimiento periódico y rutinario de los caminos vecinales: AP-952 – Ruta: Emp. AP-100 Colpa con 10.00 KM de longitud, Ruta: Emp. PE-3S Lambraspata Con 10.00 KM de LONGITUD, Ruta: Emp. PE – 3S Emp. PE 3S con 10.80 KM DE LONGITUD, DEL DISTRITO DE KISHUARA PROVINCIA DE ANDAHUAYLAS, DEPARTAMENTO DE APURÍMAC, CON UNA LONGITUD TOTAL 30.80 KM”, por la suma de S/ 2’086,284.97.
45. De acuerdo con lo previsto en la cláusula cuarta del Contrato Gerencial N° 372-2020-MPA-GM-RES-PROC-036-2020-MPA-1 «Contratación del servicio de mantenimiento periódico y rutinario de los caminos vecinales: AP-952 – Ruta: Emp. AP-100 Colpa con 10.00 Km De Longitud, Ruta: Emp. PE-3S Lambraspata Con 10.00 Km de Longitud, Ruta: Emp. PE – 3S Emp. PE 3S con 10.80 Km de Longitud, del Distrito de Kishuara Provincia de Andahuaylas, la prestación del servicio debía de cumplirse en tres fases: FASE I – entrega del plan de trabajo, FASE II – Mantenimiento periódico con entrega de informes mensuales; y, FASE III – Mantenimiento Rutinario.
46. Una vez aprobado el plan de trabajo del servicio de mantenimiento, el 17 de noviembre de 2020, se da por aperturado el cuaderno de obra y con ello el inicio de la FASE II; sin embargo, también es cierto que en atención al registro efectuado en el Asiento N° 02, de fecha 17 de noviembre de 2020, el residente del servicio, da cuenta de los problemas de libre disponibilidad de terreno, así como de canteras, esto con los comuneros de la zona, problema que fue

suscitado hasta el 30 de noviembre de 2020, en la que se suscribe el acta de libre disponibilidad de terreno y cantera para uso como material de afirmado. En tal sentido, con Asiento N° 11, de fecha 3 de diciembre de 2020, el inspector da cuenta del inicio de los trabajos en campo, corroborado con Asiento N° 12 de fecha 3 de diciembre de 2020, por parte del residente, esto luego de haber superado las dificultades de libre disponibilidad de terreno y de canteras.

47. Teniendo en consideración que, por decisión de la propia Municipalidad Provincial de Andahuaylas, se dispuso la paralización del servicio durante los meses de enero, febrero, marzo y abril de 2021; el 12 de mayo de 2021 se suscribe el acta de reinicio de ejecución del servicio de «Mantenimiento periódico y rutinario de los caminos vecinales: AP-952 – Ruta: Emp. AP-100 Colpa con 10.00 KM de longitud, Ruta: Emp. PE-3S Lambraspata Con 10.00 KM de LONGITUD, Ruta: Emp. PE – 3S Emp. PE 3S con 10.80 Km De Longitud, Del Distrito De Kishuara Provincia De Andahuaylas, Departamento De Apurímac, Con Una Longitud Total 30.80 Km».
48. A través de la Carta N° 007-2021-INSPECTOR-DMAG/I, de fecha 19 de mayo de 2021, el inspector de obra, Ing. Darwin Miguel Añanca Bamboa, remite el calendario de avance valorizado y fechado del reinicio del servicio, el mismo que tiene como plazo de conclusión de ejecución contractual de la ETAPA II, el 5 de julio de 2021.
49. Respecto al cumplimiento del objeto de la prestación en cuanto a la FASE II del contrato, la Contratista señala que con Carta N° 007-2021/ING.CSSC/R.O, de fecha 6 de julio de 2021, solicitó ante el Ing. Darwin Miguel Añanca Gamboa, inspector del servicio, la recepción del servicio, sin obtener respuesta formal alguna por parte suya. Con Carta N° 010-2021/ING.CSSC/R.O, de fecha 7 de agosto de 2021, la contratista reitera el pedido de recepción de servicio, misiva que recién fue atendida por el inspector, a través de su Carta N° 046-2021-INSPECTOR-DMAG/I, con la que comunica a la Municipalidad Provincial de Andahuaylas la conclusión y se proceda a la recepción del servicio, en cuyo segundo párrafo señala que, al 7 de julio de 2021, fecha en la que hace la constatación *in situ*, el contratista ha cumplido con las actividades del mantenimiento periódico.
50. Se encontraría evidenciado que la contratista ha cumplido con todos los trabajos del servicio de mantenimiento periódico y rutinario de los caminos vecinales dentro de los plazos contractuales (5 de julio de 2021), por cuanto la visita en campo por parte del inspector de servicio recién se hace el 7 de julio de 2021, tal como se consiga en su Carta N° 046-2021-INSPECTOR-DMAG/I.
51. Ante la resolución del contrato y a pedido de la Contratista, el 29 de diciembre de 2021 se hace la constatación en campo del avance físico del servicio de mantenimiento periódico rutinario de los caminos vecinales y sobre cuyo mérito el analista de técnico Ing. Celso Huachaca Camacho, emite el Informe N° 460-2021-MPA-GDUR/CHC-AT, de fecha 30 de diciembre de 2021, informe que también se encuentra validado por el inspector de servicio Ing. Darwin Miguel Añanca Gamboa. He dicho informe se concluye que, luego de la constatación en campo, se ha verificado que se tiene un avance de ejecución física del 93.88%. Con dicha información quedaría evidenciado que

la información inicialmente remitida por el inspector Ing. Darwin Miguel Añanca Gamboa a través de su Carta N° 079-2021-INSPECTOR-DGAG/O no se ajusta a la verdad de los hechos y menos justifica la causal de resolución de contrato.

52. A su vez, la Demandante alega que, durante el proceso de ejecución, solicitó al Inspector la Ampliación de Plazo N° 1 con el objetivo de emitir Informes pertinentes, la cual fue aprobada por ficción legal. No obstante, el Inspector comunicó la improcedencia de la Ampliación de Plazo N° 1 adjuntando el Informe Técnico señalando el incumplimiento de los procedimientos y formalidades para los contratos de obra, sin tomar en cuenta que el objeto en referencia tiene por objeto la prestación de un servicio, más la ejecución de la obra.
53. En ese sentido, la Demandante expresa que la aplicación de la penalidad por mora dispuesta por la Municipalidad carece de argumento fáctico y legal, puesto que considera que se ha demostrado que ha cumplido a cabalidad con el objeto de la prestación dentro de los plazos contractuales.

POSICIÓN DE LA MUNICIPALIDAD

54. En cuanto a la penalidad por mora, la Municipalidad señala que debe tomarse en cuenta que dicha penalidad cuenta con el sustento fáctico que se ajusta a la realidad de los hechos, puesto que de la revisión de la Resolución Gerencial N° 0224-2021-GM-MPA se verifica, en su décimo párrafo de la parte considerativa, la fórmula de cálculo de la penalidad por mora según cada día de retraso, la que se consigna también en la cláusula décima cuarta del Contrato.
55. Asimismo, dentro de la documentación vista para realizar la Resolución N° 0224-2021-GM-MPA, en la cual se encuentra el Informe N° 301-2021-MPA-DRUR/CH-AT, a través del cual el analista técnico, Celso Huachaca Camacho, comunica que el contratista ha superado el monto máximo por penalidad por mora y otras penalidades.
56. Sobre el cálculo de penalidades diarias, se verifica que las bases que contienen los términos de referencia *«son las reglas definitivas del proceso de selección»*; en consecuencia, establecen el procedimiento y plazos para la recepción y cumplimiento de la Fase II (mantenimiento periódico). Asimismo, en los términos de referencia se tiene el inciso C) numeral 6.2. Fase II ejecución del mantenimiento periódico, que establece el mecanismo operativo para dar por concluida la fase II. En tal sentido, debe tenerse en cuenta que la contratación de estos mantenimientos viales es producto del procedimiento establecido en el anexo 16 del Decreto de Urgencia N° 070-2020, que en sus disposiciones adicionales se refiere a la supletoriedad de la Ley de Contrataciones del Estado en todo lo no previsto en el decreto.

57. La Municipalidad argumenta que, mediante Carta N° 74-2021-INSPECTOR/DMAG/L, el Inspector del servicio, realiza el cálculo de penalidades en las cuales habría incurrido la Contratista. Dicha Carta expresa que la demandante tiene un total de 115 días calendarios de retraso, contabilizados desde el 06 de julio de 2021 al 28 de octubre de 2021, llegando a acumular la suma de S/ 796,543.60, por lo que la penalidad diaria ascendería a S/ 6,972.88.

ANÁLISIS Y DECISIÓN DEL ÁRBITRO ÚNICO

58. La segunda pretensión principal del demandante persigue que el Árbitro Único declare la ineficacia de la penalidad por mora aplicada por la Entidad a través de la Resolución Gerencial N° 0224-2021-GM-MPA, de fecha 22 de diciembre de 2021.
59. Acerca de la posibilidad de imponer penalidades por mora es preciso remitirse a lo establecido en la cláusula décimo cuarta del Contrato, la que señala lo siguiente:

CLÁUSULA DÉCIMA CUARTA: PENALIDADES

Si **EL CONTRATISTA** incurre en retraso injustificado en la ejecución de las prestaciones objeto del contrato, **LA ENTIDAD** le aplica automáticamente una penalidad por mora por cada día de atraso, de acuerdo a la siguiente fórmula:

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

Donde:

F = 0.25 para plazos mayores a sesenta (60) días o;

El retraso se justifica a través de la solicitud de ampliación de plazo debidamente aprobado. Adicionalmente, se considera justificado el retraso y en consecuencia no se aplica penalidad, cuando **EL CONTRATISTA** acredite, de modo objetivamente sustentado, que el mayor tiempo transcurrido no le resulta imputable. En este último caso la calificación del retraso como justificado por parte de **LA ENTIDAD** no da lugar al pago de gastos generales ni costos directos de ningún tipo, conforme el numeral 162.5 del artículo 162 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

60. Asimismo, es importante tener en cuenta lo señalado en el artículo 162° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado que señala lo siguiente:

«Artículo 162. Penalidad por mora en la ejecución de la prestación

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

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

Donde F tiene los siguientes valores:

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

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

b.1) Para bienes, servicios en general y consultorías: F = 0.25

b.2) Para obras: F = 0.15

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

162.3. En caso no sea posible cuantificar el monto de la prestación materia de retraso, la Entidad puede establecer en los documentos del procedimiento de selección la penalidad a aplicarse.

162.4. Para los supuestos que, por la naturaleza de la contratación, la fórmula indicada en el presente artículo no cumpla con su finalidad, el Ministerio de Economía y Finanzas mediante Resolución Ministerial puede establecer fórmulas especiales para el cálculo de la penalidad por mora.

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

61. La Resolución Gerencial N° 0224-2021-GM-MPA reconoce el retraso de la señora Norma Zúñiga Huanca en la ejecución de sus prestaciones y para ello cita el Informe N° 301-2021-MPA-GDUR/CHC-AT² de fecha 3 de noviembre de 2021, suscrito por el ingeniero Celso Huachaca Camacho, validando de esta forma la información ahí contenida:

² Informe N° 301-2021-MPA-GDUR/CHC-AT (página 122 del escrito de contestación de demanda).

Que, mediante Informe N° 301-2021-MPA-GDUR/CHC-AT, de fecha 03 de noviembre del 2021, emitido por el Ing. Celso Huachaca Camacho Analista Técnico del D.U. N° 070-2020, dirigido al Ing. Libio Romell Ramírez Aybar Gerente de Desarrollo Urbano y Rural, que tiene como asunto INFORME SOBRE EL MONTO ALCANZADO EN PENALIDAD POR MORA Y OTRAS PENALIDADES, ASÍ COMO LA RESOLUCIÓN DE CONTRATO AL CONTRATISTA ZÚNIGA HUANCA NORMA POR HABER SUPERADO EL MONTO MÁXIMO EN PENALIDADES, el mismo que en el contenido de su CONCLUSIÓN Y RECOMENDACIÓN señala:

Palma N° 441-Plaza de Armas ©Telf.: 949 479 331
andahuaylas.gob.pe carnesadepartes@muniandahuaylas.gob.pe

MUNICIPALIDAD PROVINCIAL DE ANDAHUAYLAS
"Año del Bicentenario del Perú: 200 Años de Independencia"

CONCLUSIÓN:

✓ De acuerdo al análisis realizado, la contratista ZUNIGA HUANCA NORMA en penalidad por mora ha alcanzado al monto total de S/. 908,410.28 y en otras penalidades al monto total de S/. 646,800.00, superando en cada una de las penalidades el diez por ciento (10%) del monto del contrato vigente. Por lo tanto, ES APLICABLE el Numeral 165.4 del Artículo 165 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado aprobado con el Decreto Supremo N° 344-2018-EF y modificado con Decreto Supremo N° 377-2019-EF.

✓ En vista que la contratista ZUNIGA HUANCA NORMA, hasta la fecha ha incurrido en 115 días de retraso y no ha concluido con la Fase II: Mantenimiento Periódico, **no garantiza de ninguna manera la culminación de la prestación del servicio, por lo que la Municipalidad Provincial de Andahuaylas debe proceder con la resolución del contrato.**

62. Por su parte, el referido Informe N° 301-2021-MPA-GDUR/CHC-AT recoge la forma de cálculo y lo expuesto por el inspector del servicio, Ingeniero Darwin Añanca Gamboa, en su Carta N° 074-2021-INSPECTOR-DMAG/I³, de fecha 29 de octubre de 2021 como se aprecia a continuación:

MUNICIPALIDAD PROVINCIAL DE ANDAHUAYLAS
"Año del Bicentenario del Perú: 200 Años de Independencia"

INFORME N° 301-2021-MPA-GDUR/CHC-AT.

AL : ING. LIBIO ROMELL RAMIREZ AYBAR
Gerente de Desarrollo Urbano y Rural.

DEL : ING. CELSO HUACHACA CAMACHO.
Analista Técnico D.U N° 070-2020.

ASUNTO : INFORME SOBRE EL MONTO ALCANZADO EN PENALIDAD POR MORA Y EN OTRAS PENALIDADES, ASÍ COMO LA RESOLUCIÓN DE CONTRATO AL CONTRATISTA ZÚNIGA HUANCA NORMA POR HABER SUPERADO EL MONTO MÁXIMO EN PENALIDADES.

REF. : (01) CARTA N° 074-2021-INSPECTOR-DMAG/I.
(02) CONTRATO GERENCIAL N° 272-2020-MPA-GM/RES-PRCC-036-2020-MPA-1.

FECHA : Andahuaylas, 03 de noviembre del 2021.

Stamp: MUNICIPALIDAD PROVINCIAL DE ANDAHUAYLAS, 03 NOV 2021, 154

³ Carta N° 074-2021-INSPECTOR-DMAG/I (página 113 del escrito de contestación de demanda).

En el presente caso, de acuerdo a la CARTA N° 074-2021-INSPECTOR-DMAG/I de fecha 29 de octubre del 2021 remitido por el Ing. Darwin Miguel Añanca Gamboa inspector del servicio, la contratista ZUNIGA HUANCA NORMA, en penalidad por mora ha alcanzado a un monto total de S/. 908,410.28 superando el diez por ciento (10%) del monto del contrato vigente, tal como se muestra a continuación:

Penalidad por mora:

DESCRIPCION			PENALIDADES		TIPO DE PENALIDAD
No.	MES	ETAPA	MENSUAL	ACUMULADO	
1	Oct-20	PLAN DE TRABAJO	1,043.16	1,043.16	Por mora
2	Nov-20	FASE II (MANTENIMIENTO PERIODICO)	96,970.58	98,013.74	(*) Por mora
3	Dic-20	FASE II (MANTENIMIENTO PERIODICO)	13,852.94	111,866.68	(*) Por mora
5	Jul-21	FASE II (MANTENIMIENTO PERIODICO)	180,088.12	291,954.80	Por mora
6	Ago-21	FASE II (MANTENIMIENTO PERIODICO)	214,720.45	506,675.25	Por mora
7	Set-21	FASE II (MANTENIMIENTO PERIODICO)	207,793.98	714,469.23	Por mora
8	Oct-21	FASE II (MANTENIMIENTO PERIODICO)	193,941.05	908,410.28	Por mora
TOTAL			908,410.28	908,410.28	
INCIDENCIA DE PENALIDAD RESPECTO AL MONTO DEL CONTRATO:					43.25%
INCIDENCIA DE PENALIDAD RESPECTO AL MONTO DEL PLAN DE TRABAJO:					43.54%

63. Al respecto, se advierte que en la Carta N° 074-2021-INSPECTOR-DMAG/I del 29 de octubre de 2021, el supervisor del servicio, ingeniero Darwin Añanca Gamboa, realiza el siguiente cálculo para determinar la penalidad diaria y los días de retraso:

✓ Conforme el artículo 162. (Penalidad por mora en la ejecución de la prestación) del reglamento de la Ley de contrataciones del estado; a partir del 06 de julio del 2021 corresponde la aplicación de penalidades por Mora por cada día de atraso, el cual será calculado bajo la siguiente manera:

<p>Artículo 162. Penalidad por mora en la ejecución de la prestación</p> <p>162.1 En caso de retraso injustificado del contratista en la ejecución de las prestaciones objeto del contrato, la Entidad le aplica automáticamente una penalidad por mora por cada día de atraso. La penalidad se aplica automáticamente y se calcula de acuerdo a la siguiente fórmula:</p> $\text{Penalidad diaria} = \frac{0.10 \times \text{monto vigente}}{F \times \text{plazo vigente en días}}$ <p>Donde F tiene los siguientes valores:</p> <p>a) Para plazos menores o iguales a sesenta (60) días, para bienes, servicios en general, consultorías y ejecución de obras: F = 0.40.</p> <p>b) Para plazos mayores a sesenta (60) días:</p> <p>b.1) Para bienes, servicios en general y consultorías: F = 0.25</p> <p>b.2) Para obras: F = 0.15</p>	
--	--

Monto Fase II (Mantenimiento Periódico) : S/. 1,743,219.12

Plazo ejecución Fase II : 100 días calendarios

$$\text{Penalidad diaria} = \frac{0.10 \times 1,743,219.12}{0.25 \times 100}$$

Penalidad diaria = 6,972.88 soles

Días penalizados = 115 días calendarios (06 de julio al 28 de octubre 2021)

64. Conforme se aprecia, el cálculo de penalidades por mora al que hace referencia la Resolución Gerencial N° 0224-2021-GM-MPA es aquel realizado por el inspector del servicio a través de la Carta N° 074-2021-INSPECTOR-DMAG/I y ratificado en el Informe N° 301-2021-MPA-GDUR/CHC-AT. Se puede apreciar también que, para la elaboración del cálculo que determina la penalidad diaria, el supervisor ha empleado como «monto vigente» la suma de **S/ 1'743,219.12**. Asimismo, sobre la base de dicha penalidad diaria, se estableció un monto de penalidad por mora ascendente a S/ 908,410.28. Sin embargo, dicho cálculo contiene un error toda vez que, de acuerdo con la Resolución Gerencial N° 39-2020GDUR-MPA⁴, de fecha 11 de noviembre de 2020, que aprueba el Plan de Trabajo del servicio, el monto correspondiente y vigente a la Fase II del Contrato es de **S/ 1'731,616.52** conforme se puede apreciar a continuación:

SE RESUELVE:

ARTÍCULO PRIMERO. – APROBAR: el Plan de Trabajo denominado del “SERVICIO DE MANTENIMIENTO PERIÓDICO Y RUTINARIO DE LOS CAMINOS VECINALES: AP-952 - Ruta: Emp. AP-100_ Colpa CON 10.00 KM DE LONGITUD, Ruta: Emp. PE-3S_ Lambraspata CON 10.00 KM DE LONGITUD, Ruta: Emp. PE-3S _Emp. PE-3S CON 10.80 KM DE LONGITUD, DEL DISTRITO DE KISHUARA PROVINCIA DE ANDAHUAYLAS DEPARTAMENTO DE APURÍMAC, CON UNA LONGITUD TOTAL DE 30.80 KM. en mérito a los fundamentos expuestos en la parte considerativa de la presente Resolución, con reducción de Metas Ruta:Emp. PE-3S- Lambraspata una longitud de 0.121 Km. Y Ruta: Emp. PE-3S-Emp. PE-3S una longitud de 0.084 Km. Siendo un total de reducción de metas 0.205Km. y consecuencia de ello; se aprueba el nuevo monto de S/ 2,086,284.97 (Dos millones Ochenta y Seis Mil Doscientos Ochenta y Cuatro con 97/100 Soles), con una longitud real de 30.595 Km según el siguiente detalle:

FASE	ACTIVIDAD	UNIDAD	CANTIDAD	PARCIAL	TOTAL
FASE I	PLAN DE TRABAJO 1% Contrato	KM	30.595	S/. 681.90	S/ 20,862.85
FASE II	MANTENIMIENTO PERIÓDICO 83% Contrato	KM	30.595	S/. 56,598.02	S/ 1,731,616.52
FASE III	MANTENIMIENTO RUTINARIO 15% Contrato	KM	30.595	S/. 10,228.56	S/ 312,942.75
	INVENTARIO DE CONDICIÓN VIAL 1% Contrato	KM	30.595	S/. 681.90	S/ 20,862.85
TOTAL					S/ 2,086,284.97

65. Atendiendo a lo señalado, se aprecia que la Resolución Gerencial N° 0224-2021-GM-MPA, que resuelve el Contrato por la acumulación de penalidades e informa acerca del monto de la penalidad por mora contiene un error en su cálculo, al no utilizar el monto vigente del Contrato para la fase en ejecución (fase II) sino uno distinto. Dicho error restaría de todo efecto el establecimiento de dicha penalidad, debiendo emitirse un nuevo pronunciamiento conteniendo el cálculo correcto.

66. Sobre el vicio antes señalado también se encuentra evidencia en las pruebas aportadas por ambas partes. Así, se tiene que en el medio probatorio 25) de la Demanda se encuentra el Informe N° 143-2022/AT-OMCZ, de fecha 5 de mayo de 2022, elaborado por el analista técnico de la Municipalidad Provincial de Andahuaylas, ingeniero Oscar Miguel Cuchula Zevallos. Dicho mismo profesional también interviene en el Informe N° 177-2022/AT-OMCZ, de fecha 24 de mayo de 2022, aportado como medio de prueba V.1 de la Contestación de la Demanda. En ambos informes el ingeniero Cuchula informa a la Entidad acerca del error en el cálculo de la penalidad por mora y en el exceso de su determinación, conforme se aprecia a continuación:

⁴ Medio Probatorio N° 2 del escrito de Demanda.

Sin embargo:

El numeral 161.2 del artículo 161° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, establece que la Entidad prevé en los documentos del procedimiento de selección la aplicación de la penalidad por mora; asimismo, puede prever otras penalidades. Estos dos (2) tipos de penalidades pueden alcanzar cada una un monto máximo equivalente al diez por ciento (10%) del monto del contrato vigente, o de ser el caso, del ítem que debió ejecutarse.

En ese entender, el monto máximo que podría penalizarse al contratista por mora en la ejecución de la FASE II, es el monto de:

MONTO MÁXIMO A PENALIZAR = 10% MONTO VIGENTE (ítem a ser ejecutado)

MONTO MÁXIMO A PENALIZAR = 10% x S/ 1,731,616.52

OBSERVACIÓN

El numeral 162.2, del artículo 162 del reglamento de la ley de contrataciones, señalan que:

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

En ese sentido se verifica que la RESOLUCIÓN GERENCIAL N° 39-2020-GDUR-MPA, de fecha 11 de noviembre del 2020, que aprueba el plan de trabajo del servicio, la misma que en su artículo primero de la parte resolutive consigna los siguientes montos:

FASE	ACTIVIDAD	UNIDAD	CANTIDAD	PARCIAL	TOTAL
FASE I	PLAN DE TRABAJO 1% contrato	km	30.595	S/ 681.90	S/ 20,862.85
FASE II	MANTENIMIENTO PERIÓDICO 63% contrato	km	30.595	S/ 66,598.02	S/ 1,731,616.52
FASE III	MANTENIMIENTO RUTINARIO 15% contrato	km	30.595	S/ 10,228.56	S/ 312,942.75
	INVENTARIO DE CONDICIÓN VIAL 1% contrato	km	30.595	S/ 681.90	S/ 20,862.85
TOTAL					S/ 2,086,284.97

Siendo entonces el monto vigente del ítem que debió ejecutarse el mantenimiento periódico FASE II por un monto que asciende a S/ 1,731,616.52, por tanto, el cálculo de penalidades diarias quedaría de la siguiente manera:

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

Donde

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

Entonces, del cálculo de la penalidad diaria se tiene:

$$\begin{aligned} \text{Monto Vigente (aprobado según plan de trabajo)} &= \text{S/ 1,731,616.52} \\ \text{Plazo vigencia en días (según contrato)} &= 100 \\ F &= 0.25 \end{aligned}$$

Obteniéndose el siguiente monto:

$$\text{PENALIDAD DIARIA} = \text{S/ 6,926.47}$$

Ahora bien, considerando que el Inspector reportó un retraso de 115 días calendario, se tendría:

$$\text{PENALIDAD TOTAL} = \text{PENALIDAD DIARIA} \times \text{DÍAS RETAZADOS}$$

$$\text{PENALIDAD TOTAL} = \text{S/ 6,926.47} \times 115$$

$$\text{PENALIDAD TOTAL} = \text{S/ 796,544.05}$$

67. Es decir que, la penalidad correctamente aplicada no ascendía a S/ 908,410.28 como se indica en el párrafo doce de la parte considerativa de la Resolución Gerencial N° 0224-2021-GM-MPA, sino a S/ 796,544.05, teniendo en cuenta el monto vigente del Contrato de acuerdo con el artículo 162.2 del Reglamento de la Ley de Contrataciones con el Estado. Asimismo, la disposición de cualquier retención o cobro superior al 10% de S/ 1'731,616.52, es decir, S/ 173,161.65 sería ineficaz y contraria a las normas que rigen las contrataciones estatales.

68. Si bien la Municipalidad ha señalado en su escrito de fecha 7 de junio de 2023 que ha procedido a devolver a la Contratista la suma de S/ 74,000.00 por el

exceso de la penalidad cobrada, lo que ha sido además ratificado por el abogado de la Contratista en la audiencia de fecha 8 de mayo de 2023⁵; lo cierto es que dicha circunstancia es, a criterio de este Árbitro Único, una cuestión operativa que no quita el hecho de que la penalidad ha sido aplicada tomando en cuenta supuestos que excedían lo dispuesto en el Contrato (cláusula décimo cuarta) y el Reglamento de la Ley de Contrataciones, lo que debió determinar —por parte de la Entidad— una corrección de oficio incluso sobre la Resolución Gerencial N° 0224-2021-GM-MPA, que formaliza la imposición de dicha penalidad, lo que a la fecha de emisión de este laudo no ha sido informado en el proceso.

69. Sin perjuicio de lo señalado, no escapa del análisis del Árbitro Único que, más allá del cálculo de la penalidad impuesta, subsiste el cuestionamiento acerca de si la penalidad por mora corresponde ser aplicada en el presente caso. Es decir, si se cumplen los supuestos fácticos para imponer esta penalidad al Contratista.
70. Al respecto, no es un hecho controvertido que la Fase II del Contrato debía ser ejecutada a más tardar al 5 de julio de 2021. Siendo ello así, de conformidad con los términos de referencia, contenidos en el Anexo II de la Resolución Ministerial 339-2020-MTC/01.02, el residente debía informar al inspector que las actividades físicas se encontraban terminadas para que éste en un plazo máximo de 3 días suscriba el Acta de Terminación de Actividades de Mantenimiento Periódico o, en su caso, otorgase hasta 10 días para subsanar observaciones. Solo en caso de que no se subsanen dichas observaciones luego del plazo de 10 días, el Contratista sería pasible de la penalidad por mora a la que se refiere el numeral 13.1 del capítulo 13 de los términos de referencia, tal como se aprecia del numeral 6.2.c) de los términos de referencia:

Cuando las actividades físicas estén culminadas, el residente de mantenimiento e inspector, tendrán un plazo máximo de 3 días calendario para suscribir el Acta de Terminación de las actividades de mantenimiento periódico, en caso de ser observada la culminación de las actividades físicas, el inspector podrá otorgar un plazo máximo de 10 días calendario al contratista para subsanarlas. De no subsanar las observaciones dentro del plazo establecido, se aplicará las penalidades indicadas en numeral 13.1 del capítulo 13 de los presentes Términos de Referencia.

El contratista deberá presentar el Informe Final en un plazo máximo de 3 días calendario, contabilizado a partir del día siguiente de suscrita el Acta de terminación. El contenido del informe final se elaborará según lo indicado en **Anexo N° 03** del presente término de referencia.

Una vez recibido el informe final, el inspector tendrá un plazo máximo de 2 días calendario para emitir su opinión favorable e informar a la Entidad, en caso de observarlo deberá otorgar al contratista un plazo máximo de 3 días calendario para la subsanación.

71. En el presente caso, se ha tenido a la vista la Carta N° 007-2021/ING.CSSC/RO⁶, de fecha 6 de julio de 2021, en la que el residente de la Contratista solicita al inspector la recepción del servicio, así como la conformación del Comité de Recepción:

⁵ Ver minuto 01:42: 00 del registro de video de audiencia.

⁶ Medio Probatorio 7 del escrito de Demanda

"Año del Bicentenario del Perú: 200 Años de Independencia"

CARTA N° 007-2021/ING. CSSC/R. O

ATENCIÓN : Ing. DARWIN MIGUEL AÑANCA GAMBOA
INSPECTOR DEL SERVICIO

DE : Ing. CLINIO SUMER SOLIER CABRERA
RESIDENTE DEL SERVICIO

ASUNTO : SOLICITO LA RECEPCION DEL SERVICIO. DE LA REFERENCIA.

REFERENCIA : A) SERVICIO: "MANTENIMIENTO PERIÓDICO Y RUTINARIO DE LOS CAMINOS VECINALES: AP-592 - RUTA: EMP. AP-100_ COLPA CON 10.00 KM DE LONGITUD, RUTA: EMP. PE-3S_ LAMBRASPATA CON 9.879 KM DE LONGITUD, RUTA: EMP. PE-3SE - EMP. PE-3SE (L=3.968 KM), EMP. PE-3SE - EMP. PE-3S (L=3.192 KM) Y EMP. PE-3SE - EMP. PE-3S (L=3.556 KM) CON 10.716 KM DE LONGITUD, DEL DISTRITO DE KISHUARA PROVINCIA DE ANDAHUAYLAS DEPARTAMENTO DE APURÍMAC, CON UNA LONGITUD TOTAL DE 30.595 KM"

FECHA : Andahuaylas, 06 de julio del 2021.

Es grato de dirigirme a Ud., con la finalidad de saludarlo y a la vez para comunicarle la recepción del servicio: "MANTENIMIENTO PERIÓDICO Y RUTINARIO DE LOS CAMINOS VECINALES: AP-592 - RUTA: EMP. AP-100_ COLPA CON 10.00 KM DE LONGITUD, RUTA: EMP. PE-3S_ LAMBRASPATA CON 9.879 KM DE LONGITUD, RUTA: EMP. PE-3SE - EMP. PE-3SE (L=3.968 KM), EMP. PE-3SE - EMP. PE-3S (L=3.192 KM) Y EMP. PE-3SE - EMP. PE-3S (L=3.556 KM) CON 10.716 KM DE LONGITUD, DEL DISTRITO DE KISHUARA PROVINCIA DE ANDAHUAYLAS DEPARTAMENTO DE APURÍMAC, CON UNA LONGITUD TOTAL DE 30.595 KM", así mismo se tiene con la finalidad de ratificar todas las partidas ejecutadas y no ejecutadas según asiento N°115 del residente del servicio, luego por intermedio del inspector comunicar a la Entidad la designación del comité de recepción. En el caso de existir observaciones se procederá a subsanarlas de acuerdo a lo indicado al acta de Recepción del servicio. Una vez concluida y subsanada con previa verificación por parte del inspector se procederá a realizar el informe final según el anexo 03 dentro del plazo.

Sin otro particular, aprovecho la oportunidad para expresarle los sentimientos de mi consideración y estima.

Atentamente,



CLINIO SUMER SOLIER CABRERA
CIP N° 209348
INGENIERO CIVIL

72. Dicha comunicación, de acuerdo con lo señalado por la Contratista, no tuvo respuesta y la solicitud de recepción del servicio fue reiterada mediante la Carta 007-2021/ING.CSSC/RO, de fecha 7 de agosto de 2021 conforme se aprecia a continuación:

CLINIO SUMER SOLIER CABRERA
Ing. civil- CIP. 209348

NORMA LINDA HUANCA

"Año del Bicentenario del Perú: 200 Años de Independencia"

CARTA N° 010-2021/ING. CSSC/R. O

ATENCIÓN : Ing. DARWIN MIGUEL AÑANCA GAMBOA
INSPECTOR DEL SERVICIO

DE : Ing. CLINIO SUMER SOLIER CABRERA
RESIDENTE DEL SERVICIO

ASUNTO : SOLICITO LA RECEPCION DEL SERVICIO, DE LA REFERENCIA.

REFERENCIA : A) CARTA N° 007-2021/ING. CSSC/R. O


B) SERVICIO: "MANTENIMIENTO PERIÓDICO Y RUTINARIO DE LOS CAMINOS VECINALES: AP-592 - RUTA: EMP. AP-100 COLPA CON 10.00 KM DE LONGITUD, RUTA: EMP. PE-3S LAMBRASPATA CON 8.879 KM DE LONGITUD, RUTA: EMP. PE-3SE - EMP. PE-3SE (L=3.968 KM), EMP. PE-3SE - EMP. PE-3S (L=3.192 KM) Y EMP. PE-3SE - EMP. PE-3S (L=3.556 KM) CON 10.716 KM DE LONGITUD, DEL DISTRITO DE KISHUARA PROVINCIA DE ANDAHUAYLAS DEPARTAMENTO DE APURÍMAC, CON UNA LONGITUD TOTAL DE 30.595 KM"


FECHA : Andahuaylas, 07 de agosto del 2021.

Es grato de dirigirme a Ud. con la finalidad de saludarlo y a la vez para comunicarle la recepción del servicio: "MANTENIMIENTO PERIÓDICO Y RUTINARIO DE LOS CAMINOS VECINALES: AP-592 - RUTA: EMP. AP-100 COLPA CON 10.00 KM DE LONGITUD, RUTA: EMP. PE-3S LAMBRASPATA CON 8.879 KM DE LONGITUD, RUTA: EMP. PE-3SE - EMP. PE-3SE (L=3.968 KM), EMP. PE-3SE - EMP. PE-3S (L=3.192 KM) Y EMP. PE-3SE - EMP. PE-3S (L=3.556 KM) CON 10.716 KM DE LONGITUD, DEL DISTRITO DE KISHUARA PROVINCIA DE ANDAHUAYLAS DEPARTAMENTO DE APURÍMAC, CON UNA LONGITUD TOTAL DE 30.595 KM", así mismo ratificar todas las partidas ejecutadas según acierto del residente del servicio, luego por intermedio del inspector comunicar a la Entidad la designación del comité de recepción. En el caso de existir observaciones se procederá a subsanarlas de acuerdo a lo indicado al acta de Recepción del servicio. Una vez concluida y subsanada con previa verificación por parte del inspector se procederá a realizar el informe final según el anexo 03 dentro del plazo.

Sin otro particular, aprovecho la oportunidad para expresarle los sentimientos de mi consideración y estima.

Atentamente,


CLINIO SUMER SOLIER CABRERA
ING. CIVIL- CIP. 209348
INGENIERO CIVIL


RECIBIDO EL 07 de agosto 2021
9:30 a.m.

73. Si bien se ha señalado que el Inspector habría emitido la Carta N° 046-2021-INSPECTOR-DMAG/I, a través de la que se habría dejado constancia de la culminación de los trabajos, según verificación de fecha 7 de julio de 2021; dicho documento no obra en el expediente ni ha sido aportado por las partes. Siendo así, en el presente caso, no se ha aportado evidencia de que el inspector del servicio, ingeniero Darwin Añanca Gamboa, haya dado respuesta a dichas comunicación ya sea formulando observaciones, suscribiendo el Acta de Terminación de Actividades o que, de cualquier manera, haya informado a la Entidad acerca de la designación del Comité de Recepción y que este realice las observaciones correspondientes.
74. En este punto es importante precisar que, de acuerdo con los términos de referencia, el «Informe Final» requerido al Contratista es un documento que se emite con posterioridad al «Acta de Terminación de las Actividades de Mantenimiento» la que a su vez se emite en caso de que el Contratista haya culminado todas las actividades o haya levantado las observaciones del Inspector en el plazo conferido. Ambas circunstancias requieren de la participación del inspector, que en el presente caso no se ha acreditado que haya emitido respuesta alguna a los pedidos de recepción formulados por la Contratista, no pudiendo ésta por sí misma emitir un «Informe Final» válido.

Quando las actividades físicas estén culminadas, el residente de mantenimiento e inspector, tendrán un plazo máximo de 3 días calendario para suscribir el Acta de Terminación de las actividades de mantenimiento periódico, en caso de ser observada la culminación de las actividades físicas, el inspector podrá otorgar un plazo máximo de 10 días calendario al contratista para subsanarlas. De no subsanar las observaciones dentro del plazo establecido, se aplicará las penalidades indicadas en numeral 13.1 del capítulo 13 de los presentes Términos de Referencia.


El contratista deberá presentar el Informe Final en un plazo máximo de 3 días calendario, contabilizado a partir del día siguiente de suscrita el Acta de terminación. El contenido del informe final se elaborará según lo indicado en Anexo N° 03 del presente término de referencia.

Una vez recibido el informe final, el inspector tendrá un plazo máximo de 2 días calendario para emitir su opinión favorable e informar a la Entidad, en caso de observarlo deberá otorgar al contratista un plazo máximo de 3 días calendario para la subsanación.

75. Ahora bien, consta en el expediente arbitral la Carta N° 074-2021-INSPECTOR-DMAG/I, de fecha 28 de octubre de 2021, a través de la cual el inspector informa a la Entidad acerca de la aplicación de penalidades acumuladas por mora y otras penalidades. Se aprecia que, en los antecedentes de dicha carta, el inspector no hace referencia ni a las cartas de fechas 6 de julio de 2021 y 7 de agosto de 2021; ni a cualquier plazo de subsanación que hubiera otorgado al Contratista para subsanación de observaciones conforme a los términos de referencia:

1. Antecedentes.

- ✓ Con fecha 12 de mayo del 2021 se procedió con la suscripción del acta de reinicio de ejecución del servicio correspondiente a la Fase II.
- ✓ Se tiene programado la culminación del servicio de la Fase II con fecha 05 de julio del 2021.
- ✓ Hasta la fecha viene realizando actividades del FASE II el contratista, incurriendo penalidades por mora.
- ✓ Con fecha 08 de julio del 2021, se le remitió a la entidad la CARTA N° 039-2021-INSPECTOR-DMAG/I, informando acumulación de penalidades por mora, debido al incumplimiento del contratista en sus obligaciones contractuales, reiterando proceder con la Resolución del Contrato de Ejecución.
- ✓ Con fecha 18 de agosto del 2021, se le remitió a la entidad la CARTA N° 050-2021-INSPECTOR-DMAG/I, informando aplicación de penalidades por mora, debido al incumplimiento del contratista en sus obligaciones contractuales, reiterando proceder con la Resolución del Contrato de Ejecución.
- ✓ Con fecha 07 de setiembre del 2021, se le remitió a la entidad la CARTA N° 057-2021-INSPECTOR-DMAG/I, se solicitó el pronunciamiento respecto a la aplicación de penalidades por mora y por mora.
- ✓ Con fecha 09 de setiembre del 2021, se le remitió a la entidad la CARTA N° 059-2021-INSPECTOR-DMAG/I, el pronunciamiento de la entidad sobre las acciones que se vienen tomando respecto al proceso 36.

 MUNICIPALIDAD PROVINCIAL DE HUAYLAS

76. Conforme se aprecia, el inspector ha informado sobre la aplicación de penalidades y el haberse superado el límite legal del 10%; sin embargo, no ha indicado en ningún extremo de dicho documento el haberse otorgado plazos al Contratista para que subsane cualquier observación que impidiese suscribir el Acta de Terminación de Actividades o la conformación de un Comité de Recepción.

77. Es preciso reiterar que, de acuerdo con los términos de referencia para la Fase II (numeral 6.2.c) la penalidad por mora será aplicable en caso de que el Contratista no hubiese cumplido con subsanar las observaciones formuladas por el Inspector o el Comité de Recepción. En el presente caso se tiene que, habiendo el Contratista solicitado la recepción del servicio con fecha 6 de julio de 2021, no se acreditó respuesta del inspector o de la Entidad en la que se rechazaría el servicio o en el que se deje constancia de las observaciones no subsanadas.
78. El Árbitro Único tiene en cuenta además que, al 7 de diciembre de 2021, el Inspector emitió la Carta N° 079-2021-INSPECTOR-DMAG/I⁷ en la que informó que el servicio se encontraba ejecutado únicamente en un 58.91%

✓ Hasta la fecha el contratista no culmina con el mantenimiento periódico del servicio, incumpliendo sus obligaciones contractuales.

✓ Se tiene un avance físico del servicio a la fecha de 58.91%, teniendo los informe mensual N° 01 mes de diciembre 2020, informe mensual N° 02 mes de mayo 2021, informe mensual N° 03 mes de junio 2021, informe mensual N° 04 mes de julio 2021, informe mensual N° 05 mes de agosto 2021, informe mensual N° 06 mes de septiembre 2021, informe mensual N° 07 mes de octubre 2021 e informe mensual N° 08 mes de noviembre 2021.

79. Sin embargo, apenas 22 días después, esto es el 29 de diciembre de 2021, se lleva a cabo la constatación en campo del avance físico del servicio (que forma parte del Informe N° 460-2021-MPA-GDUR/CHC-AT), dejándose constancia que a esa fecha el servicio tenía una ejecución del **93.88%**, conforme se aprecia a continuación:

4. CONCLUSION.

De acuerdo a la constatación en campo del avance físico realizado al **SERVICIO DE MANTENIMIENTO PERIÓDICO Y RUTINARIO DE LOS CAMINOS VECINALES: AP-952 - Ruta: Emp. AP-100_ Colpa CON 10.00 KM DE LONGITUD, Ruta: Emp. PE-3S_ Lambraspata CON 10.00 KM DE LONGITUD, Ruta: Emp. PE-3S_Emp. PE-3S CON 10.80 KM DE LONGITUD, DEL DISTRITO DE KISHUARA PROVINCIA DE ANDAHUAYLAS DEPARTAMENTO DE APURÍMAC, CON UNA LONGITUD TOTAL DE 30.80 KM.**, el contratista NORMA ZUÑIGA HUANCA en la prestación del servicio en la Fase II: Mantenimiento Periódico ha alcanzado a un monto de **S/. 1,625,696.11 que representa el 93.88% del monto total de la Fase II del contrato.**

80. Por su parte, el Informe N° 460-2021-MPA-GDUR/CHC-AT señala en diversos pasajes que las actividades se han ejecutado al 100% pero que no se valorizaran porque se aprecian deterioros o divergencias en cuanto a las especificaciones técnicas:

⁷ Página 93 del escrito de Contestación de Demanda.

02	PAVIMENTOS
02.01	Material granular de cantera e=0.15 m., se verifica que el contratista ha ejecutado al 100%; sin embargo, se durante la constatación física se verifica que algunos tramos presentan deterioros y ahuellamientos, por lo que solo se consideró un volumen de 2,019.78m ³ que equivale al 98.59% del metrado programado.
02.02	Capa nivelante E=0.05 M., se verifica que el contratista ha ejecutado al 100%; por lo que se consideró un volumen de 682.86m ³ que equivale al 100% del metrado programado.

04	CUNETA DE TIERRA
04.01	Reconformación de cunetas, se constata que el contratista ha ejecutado al 100%; sin embargo, en vista que algunos tramos se encuentran colmatados y con presencia de vegetación, solo se consideró en una longitud de 2,253.00 metros lineales que equivale al 57.61% del metrado programado.
05	SEÑALIZACION
05.01	Instalación de postes kilométricos, se constata que el contratista ha colocado 04 hitos kilométricos; por lo que se valoriza los 04 hitos kilométricos que equivale al 100.00% del metrado programado.
05.02	Señales preventivas, se constata que el contratista ha ejecutado al 100%; sin embargo, las señales preventivas no cumplen con las especificaciones técnicas y no corresponden a la geometría de la carretera por lo que no se considera un avance físico de 0.00%.

81. Al respecto, este Árbitro Único advierte que el reconocimiento de ejecución del 100% de las actividades acredita que el servicio se ha cumplido sustancialmente, siendo que la aparición de deterioro en el pavimento y ahuellamientos, así como la colmatación o presencia de vegetación en la cunetas no resultan por sí mismas demostrativas de una falta de ejecución, considerando que la inspección en campo se realizó 177 días después de la fecha de aviso de culminación de actividades por parte de la Contratista. Luego, las observaciones sobre la señalización u otros elementos no resultan tampoco cuestiones insubsanables, considerando que se ha señalado que están ejecutadas en 100%⁸.
82. Nuevamente, de haberse constituido un comité de recepción o, en todo caso, se hubiera acreditado que estas fueron observaciones previamente realizadas por el inspector del servicio y que no fueron subsanadas en el plazo de diez días, ciertamente el Contratista se haría acreedor a la imposición de la penalidad por mora, de acuerdo con los términos de referencia antes citados. Sin embargo, al no haberse seguido este procedimiento o, en todo caso, al no haberse acreditado ello en el presente proceso; la penalidad por mora determinada por la Entidad resulta ineficaz.
83. Por las razones expuestas, corresponde dejar sin efecto la penalidad por mora impuesta por la Entidad, debiendo declararse la segunda pretensión principal como fundada.

⁸ Este hecho resulta además corroborado con la emisión de la Conformidad de la Fase II por parte de la Gerencia de Desarrollo Urbano Rural otorgada a través del Informe N° 1117-2021-MPA-GDUR/LRRA (medio de prueba 22 de la Demanda) de fecha 31 de diciembre de 2021, es decir a penas dos días después de la verificación en campo a la que se refiere el Informe N° 460-2021-MPA-GDUR/CHC-AT.

ANÁLISIS DE LA TERCERA CUESTIÓN CONTROVERTIDA DERIVADA DE LA TERCERA PRETENSIÓN PRINCIPAL DE LA DEMANDA

TERCERA PRETENSIÓN PRINCIPAL

«Que, el árbitro único proceda a declarar sin efecto la indebida e irregular aplicación de otras penalidad, hasta por la suma de S/ 210,026.40 (DOSCIENTOS DIEZ MIL VEINTISÉIS CON 40/100 SOLES), por parte de la Municipalidad Provincial de Andahuaylas, en el marco de la ejecución del Contrato Gerencial N° 372-2020-MPA-GM – RES-PROC-036-2020-MPA-1 Contratación del servicio de mantenimiento periódico y rutinario de los caminos vecinales: AP-952 – Ruta: Emp. AP-100 Colpa con 10.00 KM DE LONGITUD, Ruta: Emp. PE-3S Lambraspata Con 10.00 KM de LONGITUD, Ruta: Emp. PE – 3S Emp. PE 3S con 10.80 KM DE LONGITUD, DEL DISTRITO DE KISHUARA PROVINCIA DE ANDAHUAYLAS».

POSICIÓN DE LA CONTRATISTA

84. Con relación a esta pretensión, la cláusula décimo cuarta del Contrato ha establecido la aplicación de «otras penalidades»; sin embargo, para ser válidas estas deben de cumplir con los requisitos establecidos en el numeral 163.1 del artículo 163° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, siempre y cuando sean *«objetivas, razonables, congruentes y proporcionales con el objeto de la contratación. Para estos efectos, incluyen los supuestos de aplicación de penalidad, distintas al retraso o mora, la forma de cálculo de la penalidad para cada supuesto y el procedimiento mediante el cual se verifica el supuesto a penalizar».*
85. En ese contexto, cuando una Entidad verifica la configuración de uno de los supuestos a penalizar, ésta aplicaba la penalidad correspondiente conforme a lo establecido en los documentos del procedimiento de selección, de conformidad con el artículo 163° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado aplicable al caso concreto.
86. En virtud de lo expuesto, puede concluirse que, para que procediera la aplicación de penalidades distintas a la penalidad por mora, éstas debían estar contempladas en los documentos del procedimiento de selección que establecían las reglas definitivas, conforme a las disposiciones previstas en el Reglamento, no pudiendo incorporarse nuevas penalidades al momento de perfeccionarse el contrato ni en la ejecución contractual.

87. En ese contexto, si bien en la parte considerativa de la Resolución Gerencial N° 0224-2021-GM-MPA se hace referencia a que la Contratista habría también superado el monto máximo de otras penalidades; sin embargo, en ningún extremo de dicho acto administrativo se aprecia de manera clara y precisa cuales serían estos supuestos de otras penalidades en las que la contratista habría incurrido, no se hace referencia al cumplimiento del procedimiento, ni a la forma de cómo fueron calculados y menos se le habría comunicado de forma oportuna, lo cual atenta de manera flagrante elementos básicos como es el debido procedimiento y el derecho a la legítima defensa, por cuanto no se le dio la oportunidad de realizar sus descargos al respecto.

POSICIÓN DE LA MUNICIPALIDAD

88. En cuanto a las otras penalidades, la Municipalidad sostiene que el inspector calculó (a través de la Carta N° 074-2021-INSPECTOR-DMAG/L) la aplicación por otras penalidades distintas a la penalidad por mora hasta la suma de S/ 117,100.00.
89. Con referencia a la carta N° 074-2021- INSPECTOR-MDAG/1 de fecha 29 de octubre del 2021, se trata del informe referido a la forma de aplicación de penalidades acumuladas por mora y por otras penalidades al contratista hasta la fecha de firmado por el inspector de servicio, el Ing. Darwin Añanca Gamboa; el mismo que ha sido remitido con copia a la señora Norma Zuñiga Huanca Contratista ejecutor y obra en los folios N° 156 del archivo. En este informe obra un cuadro que detalla las penalidades, las otras penalidades, la cuantía y la justificación de cada uno de ellos; ejemplo; en el cuadro N° 01 dice: en caso de que el contratista incumpla con su declaración de ejecutar la prestación con el personal debidamente sustituida y acreditada, aquí indica que la ausencia del personal, mismo que está registrado en cuaderno de obra en el mes de junio los días 26, 27, 28, 29 y 30 las penalidades.
90. Caso similar en la demora de presentación informe mensual en el mes de mayo, similar en la ausencia de maquinarias ofertadas que están establecidas en los Términos de Referencia anotados en cuaderno de obra y las fechas que no han estado las maquinarias ofertadas son el 1, 2, 3, 4, 5 y 6 del mes de junio; ausencia de equipo mínimo requerido; del 11 al 30 de agosto; y así sucesivamente se ha registrado y detallado cuales han sido las otras penalidades mismas que obran en la resolución del contrato y el informe que ha sido notificado al contratista.

ANÁLISIS Y DECISIÓN DEL ÁRBITRO ÚNICO

91. A través de la tercera pretensión principal, la Contratista pretende que se deje sin efecto la aplicación de «otras penalidades» contractuales. A este efecto, es posición de la demandante que en la Resolución Gerencial N° 0224-2021-GM-MPA, no se ha señalado expresamente cuáles son las infracciones cometidas por la Contratista y que se encuentran tipificadas como «otras penalidades», señalan además que no se les habría comunicado de forma efectiva el momento en el que se impusieron estas penalidades.

92. Acerca de la posibilidad de imponer otras penalidades, distintas a la penalidad por mora, el Contrato ha establecido en su cláusula décimo cuarta lo siguiente:

OTRAS PENALIDADES		
Se considera como otras penalidades a las siguientes:		
Durante la ejecución del mantenimiento periódico:		
CAUSALES	PENALIDAD (FORMA DE CÁLCULO)	PROCEDIMIENTO DE COBRO
En caso el contratista incumpla con su obligación de ejecutar la prestación con el personal acreditado o debidamente sustituido	Se aplicará 0.5 de una UIT por cada día de ausencia del personal	Se descontará en cada pago conforme al informe del Inspector
No presentar oportunamente los informes o no subsanar las observaciones efectuadas por el Inspector dentro del plazo otorgado	Se aplicará 0.25 de una UIT por cada día de demora	Se descontará en cada pago conforme al informe del Inspector
Incumplimiento del uso de señales de seguridad para realizar las actividades	Se aplicará 2 UIT por el incumplimiento	Se descontará en cada pago conforme al informe del Inspector
Incumplimiento de uso de implementos de seguridad (mameluco, casco, botas, guantes, gafas y mascarillas)	Se aplicará 0.25 de una UIT por cada personal que incumpla el uso de implementos de seguridad	Se descontará en cada pago conforme al informe del Inspector
En caso no cuenten con los seguros (SCTR y SOAT)	Se aplicará 0.25 de una UIT por cada personal sin seguros, o vehículos sin SOAT	Se descontará en cada pago conforme al informe del Inspector
Ausencia del Ing. Residente del servicio	Se aplicará 0.50 de una UIT por cada día de ausencia	Se descontará en cada pago conforme al informe del Inspector
No disponer del número mínimo de las maquinarias y equipos establecidos	Se aplicará una (1) UIT por cada día de ausencia de número mínimo de equipos y maquinarias	Se descontará en cada pago conforme al informe del Inspector
No zarandear el material de afirmado en cantera	Se aplicará dos (2) UIT por cada evento que se detecte	Se descontará en cada pago conforme al informe del Inspector
No presentar en los informes fotos y videos de cada día fechados y georreferenciados	Se aplicará 0.50 de una UIT por cada informe	Se descontará en cada pago conforme al informe del Inspector

Estas penalidades se deducen de los pagos a cuenta o del pago final, según corresponda; o si fuera necesario, se cobra del monto resultante de la ejecución de la garantía de fiel cumplimiento.
Estos dos (2) tipos de penalidades pueden alcanzar cada una un monto máximo equivalente al diez por ciento (10%) del monto del contrato vigente, o de ser el caso, del ítem que debió ejecutarse.
Cuando se llegue a cubrir el monto máximo de la penalidad por mora o el monto máximo para otras penalidades, de ser el caso, LA ENTIDAD puede resolver el contrato por incumplimiento.

93. Asimismo, las referidas otras penalidades han sido contempladas en el artículo 163 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, que particularmente señalan:

«Artículo 163. Otras penalidades

163.1. Los documentos del procedimiento de selección pueden establecer penalidades distintas a la mencionada en el artículo 162, siempre y cuando sean objetivas, razonables, congruentes y proporcionales con el objeto de la contratación. Para estos efectos, incluyen los supuestos de aplicación de penalidad, distintas al retraso o mora, la forma de cálculo de la penalidad para cada supuesto y el procedimiento mediante el cual se verifica el supuesto a penalizar.

163.2. Estas penalidades se calculan de forma independiente a la penalidad por mora».

94. De igual forma, se aprecia que en el numeral 13.2 de los términos de referencia se han establecido las «otras penalidades» aplicables durante la ejecución de la Fase II del Contrato, las que son como sigue a continuación:

13.2. OTRAS PENALIDADES		
La Entidad puede establecer penalidades distintas a la mencionada en el numeral precedente, según lo previsto en el artículo 163 del Reglamento y lo indicado en la sección específica de las bases.		
Estos dos tipos de penalidades se calculan en forma independiente y pueden alcanzar cada una un monto máximo equivalente al diez por ciento (10%) del monto del contrato vigente, o de ser el caso, del ítem que debió ejecutarse.		
Se considera como otras penalidades a las siguientes:		
<u>Durante la ejecución del mantenimiento periódico:</u>		
CAUSALES	PENALIDAD (FORMA DE CÁLCULO)	PROCEDIMIENTO DE COBRO
En caso el contratista incumpla con su obligación de ejecutar la prestación con el personal acreditado o debidamente sustituido	Se aplicará 0.5 de una UIT por cada día de ausencia del personal	Se descontará en cada pago conforme al informe del Inspector
No presentar oportunamente los informes o no subsanar las observaciones efectuadas por el Inspector dentro del plazo otorgado	Se aplicará 0.25 de una UIT por cada día de demora	Se descontará en cada pago conforme al informe del Inspector
Incumplimiento del uso de señales de seguridad para realizar las actividades	Se aplicará 2 UIT por el incumplimiento	Se descontará en cada pago conforme al informe del Inspector
Incumplimiento de uso de implementos de seguridad (mameluco, casco, botas, guantes, gafas y mascarillas)	Se aplicará 0.25 de una UIT por cada personal que incumpla el uso de implementos de seguridad	Se descontará en cada pago conforme al informe del Inspector
En caso no cuenten con los seguros (SCTR y SOAT)	Se aplicará 0.25 de una UIT por cada personal sin seguros, o vehículos sin SOAT	Se descontará en cada pago conforme al informe del Inspector
Ausencia del Ing. Residente del servicio	Se aplicará 0.50 de una UIT por cada día de ausencia	Se descontará en cada pago conforme al informe del Inspector
No disponer del número mínimo de las maquinarias y equipos establecidos	Se aplicará una (1) UIT por cada día de ausencia de número mínimo de equipos y maquinarias	Se descontará en cada pago conforme al informe del Inspector
No zarandear el material de afirmado en cantera	Se aplicará dos (2) UIT por cada evento que se detecte	Se descontará en cada pago conforme al informe del Inspector
No presentar en los informes fotos y videos de cada día fechados y georreferenciados	Se aplicará 0.50 de una UIT por cada informe	Se descontará en cada pago conforme al informe del Inspector

95. Ahora bien, en el presente caso se tiene que las «otras penalidades» han sido calculadas por el inspector del servicio, ingeniero Darwin Miguel Añanca Gamboa, a través de la Carta N° 074-2021-INSPECTOR-DMAG/I⁹ de fecha 29 de octubre de 2021, según el siguiente detalle:

⁹ Ver página 113 del escrito de Contestación de la Demanda

ING. DARWIN MIGUEL AÑANCA GAMBOA
INSPECTOR DEL SERVICIO
CIP N° 148531

Nota. Las penalidades corresponden desde el 12 de mayo al 28 de octubre del 2021.
Resumen de penalidades aplicadas al contratista (OTRAS PENALIDADES).

CUADRO DE RESUMEN APLICADA POR OTRAS PENALIDADES					
DESCRIPCION			PENALIDADES		ESTADO
No.	MES	ETAPA	MENSUAL	ACUMULADO	
1	May-21	FASE II (MANTENIMIENTO PERIODICO)	7,700.00	7,700.00	DESCONTADO
2	Jun-21	FASE II (MANTENIMIENTO PERIODICO)	143,000.00	150,700.00	DESCONTADO
3	Ju-21	FASE II (MANTENIMIENTO PERIODICO)	26,400.00	177,100.00	DESCONTADO
4	Ago-21	FASE II (MANTENIMIENTO PERIODICO)	92,400.00	269,500.00	NO DESCONTADO
5	Set-21	FASE II (MANTENIMIENTO PERIODICO)	132,000.00	401,500.00	NO DESCONTADO
6	Oct-21	FASE II (MANTENIMIENTO PERIODICO)	123,200.00	524,700.00	NO DESCONTADO
PARCIAL			INFORME DEL 12 DE MAYO 2021 A 28 DE OCTUBRE		524,700.00
INCIDENCIA DE PENALIDAD RESPECTO AL MONTO DEL FASE II:			30.10%		
INCIDENCIA DE PENALIDAD RESPECTO AL MONTO DEL CONTRATO:			24.98%		

✓ A continuación, se muestra el detalle de las penalidades acumuladas aplicadas al contratista desde el 12 de mayo hasta el 28 de octubre del 2021 correspondiente solo a la Fase II (mantenimiento periódico).

96. Asimismo, en la referida Carta N° 074-2021-INSPECTOR-DMAG/I, el inspector ha detallado las infracciones cometidas por el Contratista y las fechas en las que se habrían cometido, conforme se aprecia a continuación:

ING. DARWIN MIGUEL AÑANCA GAMBOA
INSPECTOR DEL SERVICIO
CIP N° 148531

Detalle de penalidades aplicadas al contratista Fase II (OTRAS PENALIDADES).

N°	DESCRIPCION	MAY 2021			JUN 2021			JUL 2021			AGO 2021			SEPT 2021			OCT 2021		
		MOTIVO	DAÑOS Y EVENTOS	TOTAL	MOTIVO	DAÑOS Y EVENTOS	TOTAL	MOTIVO	DAÑOS Y EVENTOS	TOTAL	MOTIVO	DAÑOS Y EVENTOS	TOTAL	MOTIVO	DAÑOS Y EVENTOS	TOTAL	MOTIVO	DAÑOS Y EVENTOS	TOTAL
1	En caso el contratista incumpla con sus obligaciones de ejecutar la prestación con el personal acreditado o debidamente autorizado. La penalidad por cada día de ausencia del personal será de: 6.5 UIT		4,400.00		Asistencia personal acreditada	1.00	2,000.00		Asistencia personal no acreditada (CIP 27, 28, 29 y 30)	5.00	11,000.00								
2	No presentar oportunamente los informes o no subsanar las observaciones efectuadas por el inspector dentro del plazo establecido. La penalidad por cada día de demora será de: 0.25 UIT		4,400.00		Demora presentación del informe mensual N° 12	5.00	5,000.00							Demora presentación del informe mensual N° 12 (06 de julio al 24 de septiembre)	111.00	22,100.00			
3	Incumplimiento del uso de equipos de seguridad para entrar en las instalaciones. La penalidad por incumplimiento será de: 2 UIT		4,400.00																
4	Incumplimiento de uso de implementos de seguridad (guantes, casco, botas, chaleco, casco y casco). La penalidad por cada personal que incumpla el uso de implementos de seguridad será de: 0.25 UIT		4,400.00																
5	En caso no cuente con los seguros (SICOT y SICAT). La penalidad por cada personal en seguros o vehículos sin SICAT será de: 0.25 UIT		4,400.00																
6	Asistencia del Ing. Responsable del Servicio. La penalidad por cada día de ausencia será de: 6.5 UIT		4,400.00																
7	No disponer el número mínimo de los implementos y equipos establecidos. La penalidad por cada día de ausencia de número mínimo de equipos y implementos será de: 1 UIT		4,400.00		Asistencia de emergencia	30.00	132,000.00	Asistencia de emergencia (1, 2, 3, 4, 5 y 6)	5.00	22,400.00	Asistencia de emergencia (11 al 21 de agosto)	21.00	92,400.00	Asistencia de emergencia (21 al 24 de septiembre)	30.00	132,000.00	Asistencia de emergencia (21 al 28 de octubre 2021)	20.00	123,200.00
8	No presentar en los informes factos y videos de cada día de trabajo y procedimientos. La penalidad por cada informe será de: 6.5 UIT		4,400.00																
9	No presentar en los informes factos y videos de cada día de trabajo y procedimientos. La penalidad por cada informe será de: 6.5 UIT		4,400.00																
TOTAL PENALIDAD MENSUAL			7,700.00			143,000.00		26,400.00		92,400.00		264,100.00		123,200.00					

97. Dicho cálculo fue además convalidado a través del Informe N° 301-2021-MPA-GDUR/CHC-AT del 3 de noviembre de 2021, conforme se aprecia a continuación:

Asimismo, de acuerdo a la CARTA N° 074-2021-INSPECTOR-DMAG/I de fecha 29 de octubre del 2021 remitido por el Ing. Darwin Miguel Añanca Gamboa Inspector del servicio, la contratista ZUNIGA HUANCA NORMA en otras penalidades ha alcanzado a un monto total de S/. 646,800.00 superando el diez por ciento (10%) del monto del contrato vigente, tal como se muestra a continuación:

Otras penalidades:

DESCRIPCION			PENALIDADES		TIPO DE PENALIDAD
No.	MES	ETAPA	MENSUAL	ACUMULADO	
4	May-21	FASE II (MANTENIMIENTO PERIODICO)	7,700.00	7,700.00	Otras penalidades
5	Jun-21	FASE II (MANTENIMIENTO PERIODICO)	143,000.00	150,700.00	Otras penalidades
6	Jul-21	FASE II (MANTENIMIENTO PERIODICO)	26,400.00	177,100.00	Otras penalidades
7	Ago-21	FASE II (MANTENIMIENTO PERIODICO)	92,400.00	269,500.00	Otras penalidades
8	Set-21	FASE II (MANTENIMIENTO PERIODICO)	254,100.00	523,600.00	Otras penalidades
9	Oct-21	FASE II (MANTENIMIENTO PERIODICO)	123,200.00	646,800.00	Otras penalidades
TOTAL			646,800.00	646,800.00	
INCIDENCIA DE PENALIDAD RESPECTO AL MONTO DEL CONTRATO:					30.80%
INCIDENCIA DE PENALIDAD RESPECTO AL MONTO DEL PLAN DE TRABAJO:					31.00%

6. CONCLUSION:

- ✓ De acuerdo al análisis realizado, la contratista ZUNIGA HUANCA NORMA en penalidad por mora ha alcanzado al monto total de S/. 908,410.28 y en otras penalidades al monto total de S/. 646,800.00, superando en cada una de las penalidades el diez por ciento (10%) del monto del contrato vigente. Por lo tanto, ES APLICABLE el Numeral 165.4 del Artículo 165 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado aprobado con el Decreto Supremo N° 344-2018- EF y modificado con Decreto Supremo N° 377-2019-EF.
- ✓ En vista que la contratista ZUNIGA HUANCA NORMA, hasta la fecha ha incurrido en 115 días de retraso y no ha concluido con la Fase II: Mantenimiento Periódico., no garantiza de ninguna manera la culminación de la prestación del servicio, por lo que la Municipalidad Provincial de Andahuaylas debe proceder con la resolución del contrato.

98. Para el análisis de la imposición de las «otras penalidades» es importante tener en cuenta que dichas penalidades solo pueden ser impuestas durante el plazo de vigencia del Contrato o de la actividad de éste que tuviera lugar. En el presente caso, conforme con los términos de referencia, se corresponde a la Fase II «penalidades durante la fase de ejecución de mantenimiento periódico». Como se ha señalado previamente, no siendo materia controvertida entre las partes, dicha fase II tenía una vigencia programada hasta el 5 de julio de 2021. Es decir, que cualquier penalidad que se refiera a las infracciones señaladas la cláusula décima cuarta del Contrato «otras penalidades» que se refieren a la Fase II, solo podría imponerse mientras dicha fase tuviera lugar.
99. Una interpretación distinta de la señalada llevaría al absurdo de considerar que, por citar el ejemplo de una obra, un contratista debería mantener toda la maquinaria, personal y materiales en el lugar de la obra incluso cuando ha vencido el plazo del contrato o cuando hubiera culminado la obra.
100. Una situación similar a la referida ocurre en el caso de servicios como los contratados en el presente caso. Entonces, la imposición de «otras penalidades» luego de culminado el plazo para la ejecución de la Fase II

101. De acuerdo con el cálculo presentado por el Inspector del Servicio, las penalidades que se le ha impuesto al Contratista se han calculado desde el 12 de mayo de 2021 (fecha de reactivación del Contrato) hasta el 29 de octubre de 2021:

Como se aprecia, el inspector del servicio ha contemplado un plazo mayor al que corresponde «solo a la Fase II», prolongándolo hasta el 28 de octubre de 2021.

102. De esta forma, se aprecia que después del 5 de julio de 2021, cuando el plazo para la Fase II ya había culminado, el Inspector ha resuelto imponer penalidades por «no disponer el número mínimo de ls maquinarias y equipos establecidos». Imponiendo esta penalidad incluyendo el 6 de julio de 2021, fecha en la que la Fase II no se encontraba vigente.

[illegible]

103. De igual forma, el inspector del servicio penaliza otras infracciones en los meses de agosto, setiembre y octubre de 2021, lo que eventualmente lo lleva a determinar una penalidad ascendente a S/ 646,800.00.
104. Lo señalado previamente ha sido recogido también por la propia Municipalidad, que en el medio probatorio V.1 de su Contestación de Demanda aporta el Informe N° 177-2022/AT-OMCZ de fecha 22 de mayo de 2022, en el que su analista técnico, el ingeniero Oscar Cuchula, acerca de la imposición de «otras penalidades» realiza la siguiente observación:

Fuente: Resolución Ministerial N° 0339-2020-MTC/01.02 - página 12

Sin embargo, se deja constancia que estas otras penalidades, se aplican mientras dure el plazo de ejecución de la FASE II (mantenimiento periódico), una vez concluido dicho plazo de ejecución, automáticamente se procese a aplicar las penalidades por mora, ahora, se verifica que el inspector aplica otras penalidades distintas a la mora, muy a pesar cuando el plazo de ejecución ya había vencido, aplicando penalidades durante los meses de agosto, setiembre y octubre.

105. Como se aprecia, en el presente caso la imposición de «otras penalidades» no se ha ceñido a lo previsto en la cláusula décimo cuarta del Contrato o en los términos de referencia; es decir no ha cumplido con aplicar las «otras penalidades» que corresponden solo «durante la ejecución del mantenimiento periódico», que como ya se ha establecido se extendía hasta el 5 de julio de 2021:

Cláusula Décimo Cuarta del Contrato:

OTRAS PENALIDADES		
Se considera como otras penalidades a las siguientes:		
<u>Durante la ejecución del mantenimiento periódico:</u>		
CAUSALES	PENALIDAD (FORMA DE CÁLCULO)	PROCEDIMIENTO DE COBRO
En caso el contratista incumpla con su obligación de ejecutar la prestación con el personal acreditado o debidamente sustituido	Se aplicará 0.5 de una UIT por cada día de ausencia del personal	Se descontará en cada pago conforme al informe del Inspector
No presentar oportunamente los informes o no subsanar las observaciones efectuadas por el inspector dentro del plazo otorgado	Se aplicará 0.25 de una UIT por cada día de demora	Se descontará en cada pago conforme al informe del Inspector
Incumplimiento del uso de señales de seguridad para realizar las actividades	Se aplicará 2 UIT por el incumplimiento	Se descontará en cada pago conforme al informe del Inspector
Incumplimiento de uso de implementos de seguridad (mameluco, casco, botas, guantes, gafas y mascarillas)	Se aplicará 0.25 de una UIT por cada personal que incumpla el uso de implementos de seguridad	Se descontará en cada pago conforme al informe del Inspector
En caso no cuenten con los seguros (SCTR y SOAT)	Se aplicará 0.25 de una UIT por cada personal sin seguros, o vehículos sin SOAT	Se descontará en cada pago conforme al informe del Inspector
Ausencia del Ing. Residente del servicio	Se aplicará 0.50 de una UIT por cada día de ausencia	Se descontará en cada pago conforme al informe del Inspector
No disponer del número mínimo de las maquinarias y equipos establecidos	Se aplicará una (1) UIT por cada día de ausencia de número mínimo de equipos y maquinarias	Se descontará en cada pago conforme al informe del Inspector
No zaranear el material de afirmado en cantera	Se aplicará dos (2) UIT por cada evento que se detecte	Se descontará en cada pago conforme al informe del Inspector
No presentar en los informes fotos y videos de cada día fechados y georreferenciados	Se aplicará 0.50 de una UIT por cada informe	Se descontará en cada pago conforme al informe del Inspector

106. Otra circunstancia que ha sido alegada en el presente proceso arbitral es que no se habría puesto en conocimiento del Contratista el procedimiento a través del cual se habría aplicado en cada caso las «*otras penalidades*» establecidas en el Contrato. Sin embargo, en el presente proceso la Municipalidad no ha presentado documentación que sustente el procedimiento por el cual se impuso al Contratista las diversas penalidades correspondientes a la Fase II del Contrato¹⁰, lo que es un requisito exigido por el artículo 163.1 del Reglamento de Contrataciones del Estado que señala: *«Para estos efectos, incluyen los supuestos de aplicación de penalidad, distintas al retraso o mora, la forma de cálculo de la penalidad para cada supuesto y el procedimiento mediante el cual se verifica el supuesto a penalizar»*.
107. Atendiendo a las razones expuestas, corresponde dejar sin efecto las «*otras penalidades*» impuestas por la Municipalidad, toda vez que no han seguido la forma de cálculo establecida en la cláusula décimo cuarta del Contrato, ni han acreditado el cumplimiento de un procedimiento de verificación de penalidades.

ANÁLISIS DE LA CUARTA CUESTIÓN CONTROVERTIDA DERIVADA DE LA CUARTA PRETENSIÓN PRINCIPAL

CUARTA PRETENSIÓN PRINCIPAL

«Que, el árbitro único ordene a la Municipalidad Provincial de Andahuaylas, disponga el pago y/o devolución de los montos que correspondan a la ejecución de la penalidad por mora y otras penalidades que asciende a la suma de S/ 420,052.80, indebidamente aplicadas en el marco de la ejecución del Contrato Gerencial N° 372-2020-MPA-GM – RES-PROC-036-2020-MPA-I Contratación del servicio de mantenimiento periódico y rutinario de los caminos vecinales: AP-952 – Ruta: Emp. AP-100 Colpa con 10.00 KM DE LONGITUD, Ruta: Emp. PE-3S Lambraspata Con 10.00 KM de LONGITUD, Ruta: Emp. PE – 3S Emp. PE 3S con 10.80 KM DE LONGITUD, DEL DISTRITO DE KISHUARA PROVINCIA DE ANDAHUAYLAS».

POSICIÓN DE LA CONTRATISTA

108. La Demandante señala que, al desarrollar los fundamentos fácticos y jurídicos de la Tercera Pretensión Principal, tiene ampliamente demostrado que la aplicación de la penalidad por mora, así como la aplicación de otras

¹⁰ Es importante señalar que, a través de la Orden Procesal N° 12, de fecha 25 de abril de 2023, se otorgó a la Municipalidad el plazo de diez días para que presente diversa documentación referida a la aplicación de las penalidades impuestas al Contratista, si bien se presentaron algunos Comprobantes de Pago que hacían alusión a Informes o Memorandos de Penalidades, dichos documentos no han sido aportados al proceso, por lo que no se tiene certeza de su cumplimiento en los términos del Reglamento de la Ley de Contrataciones o el Contrato.

penalidades, se encuentran en el campo de la ilegalidad, ya que transgrede las disposiciones legales, por lo que solicita al Árbitro Único ordenar a la Municipalidad la devolución de estas penalidades indebidamente ejecutadas y cobradas.

109. Del mismo modo, menciona que los montos que representan las penalidades por mora, así como el de otras penalidades que en suma hacen la cantidad de S/ 420,053.80, ya fueron debidamente cobradas en su totalidad de las valorizaciones correspondientes a la ejecución de la Fase II del contrato en referencia.

POSICIÓN DE LA MUNICIPALIDAD

110. Respecto de la cuarta pretensión, la Municipalidad señala que, efectivamente el numeral 161.2 del artículo 161° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado establece que el monto máximo de aplicación por mora de ninguna manera podría superar el 10% del monto contractual, para este caso el monto vigente, por lo que debe recalcular las penalidades y los montos a ser pagados, procediéndose a la devolución de los saldos a nombre del contratista de darse el caso.

ANÁLISIS Y DECISIÓN DEL ÁRBITRO ÚNICO

111. Conforme ha sido acreditado en el análisis de la segunda y tercera pretensión de la Demanda, las penalidades por mora y por otras penalidades contienen errores en su cálculo que en ambos casos han superado el 10% del monto vigente del Contrato sobre el que debió realizarse el cálculo correspondiente.
112. Sobre lo señalado también se ha referido el Ingeniero Oscar Miguel Cuchula Zevallos en los informes N° 143-2022-AT/OMCZ, de fecha 9 de mayo de 2022 y N° 177-2022-AT/OMCZ de fecha 24 de mayo de 2022, aportados por el demandante y demandado respectivamente, cuya conclusión refiere lo siguiente:

MONTO MÁXIMO A PENALIZAR = S/ 173,161.65

Por tanto:

DETALLE	MONTO PENALIZADO	MONTO MÁXIMO A PENALIZAR
PENALIDAD POR MORA	S/ 796,544.05	S/ 173,161.65
OTRAS PENALIDADES	S/ 177,100.00	S/ 173,161.65
TOTAL A PENALIZAR		S/ 346,323.30

4.4 DEVOLUCIÓN DE LOS MONTOS RETENIDOS POR APLICACIÓN DE PENALIDADES POR MORA Y OTRAS PENALIDADES.

Al respecto, esta dependencia manifiesta que efectivamente, el numeral 161.2 del artículo 161° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, establece que el monto máximo aplicación de penalidad por mora de ninguna manera podría superar el 10 % del monto contractual, para este caso el monto vigente S/ 1,731,616.52.

De la verificación de los pagos efectuados al contratista se verifica las penalidades efectuadas:

RESUMEN DE PENALIDADES COBRADAS

SIAP	CP	FECHA	MONTO S/
6309	6670	30/12/2020	1,043.16
4453	4986	27/09/2021	7,700.0
4453	8820	30/12/2021	356,194.79
4453	9975	31/01/2022	55,976.50
TOTAL			420,914.45

MONTO MÁXIMO A PENALIZAR = S/ 346,323.30
MONTO A DEVOLVER AL CONTRATISTA = S/ 420,914.45 – S/ 346,323.30
MONTO A DEVOLVER AL CONTRATISTA = S/ 74,591.15

113. Por consiguiente, resulta claro, y así lo reconoce la Municipalidad en su contestación de la demanda¹¹, que la Entidad no se encontraba autorizada a retener la suma de S/ 420,052.80 por concepto de penalidad por mora y otras penalidades, sino hasta un máximo de S/ 346,323.30, en el supuesto de que las penalidades impuestas fueran eficaces.
114. En el presente caso, el Árbitro Único ha determinado que las penalidades impuestas y retenidas son ineficaces por lo que corresponde que la Municipalidad devuelva a la Contratista el monto de S/ 420,052.80 efectivamente retenido, conforme se aprecia de los CP 6670, 4986, 8820 y 9975.
115. Sin embargo, el Árbitro Único tiene en cuenta que durante las audiencias y también en el escrito de alegatos presentado por la Municipalidad el 7 de junio de 2023; se ha señalado que se practicó una devolución de S/ 74,000.00 al Contratista por exceso de penalidades cobradas. Dicha información fue ratificada por el abogado de la Contratista en la Audiencia de Ilustración.
116. Atendiendo a lo señalado, corresponderá que la Municipalidad devuelva a la Contratista la suma de S/ 346,052.80. atendiendo a que ya se ha generado una devolución parcial de los montos retenidos a consecuencia de las penalidades aplicadas. Por consiguiente, esta pretensión debe ser declarada parcialmente fundada.

¹¹ Ver el considerando SEXTO del escrito de Contestación de Demanda.

ANÁLISIS DE LA QUINTA CUESTIÓN CONTROVERTIDA DERIVADA DE LA QUINTA PRETENSIÓN DE LA DEMANDA

QUINTA PRETENSIÓN PRINCIPAL

«Que el árbitro único ordene a la Municipalidad Provincial de Andahuaylas al reconocimiento y pago de los intereses legales por retraso injustificado el pago de la contraprestación correspondiente a las valorizaciones del servicio de mantenimiento periódico y rutinario de los caminos vecinales: AP-952 – Ruta: Emp. AP-100 Colpa con 10.00 KM DE LONGITUD, Ruta: Emp. PE-3S Lambraspata Con 10.00 KM de LONGITUD, Ruta: Emp. PE – 3S Emp. PE 3S con 10.80 KM DE LONGITUD, DEL DISTRITO DE KISHUARA PROVINCIA DE ANDAHUAYLAS, que asciende a la suma de S/ 4,957.63».

POSICIÓN DE LA CONTRATISTA

117. De acuerdo con la Contratista, la ejecución de la prestación del servicio FASE II fue cumplido dentro plazo contractual, por lo que la Municipalidad Provincial de Andahuaylas, debió de cumplir con el pago de la prestación dentro del plazo establecido, tanto en el contrato, así como también en la normativa que regula las contrataciones públicas, lo que no se ha dado en el presente caso, toda vez que se ha tenido retrasos considerables en el pago de las valorizaciones correspondiente a los meses de mayo, junio y julio de 2021.
118. La Contratista alude a la Cláusula Quinta del Contrato en referencia al pago y a los Informes Mensuales de Valorización, señalando que se encuentra previsto que el responsable de otorgar la conformidad de la prestación deberá de hacerlo en un plazo no mayor a los 20 días de producida la recepción, mientras que la entidad debía de proceder a efectuar el pago en un plazo no mayor a los diez (10) siguiente de otorgada la conformidad de los servicios, cláusula contractual que no ha sido observada por la entidad municipal, incumpliendo de esta manera con una de sus obligaciones esenciales
119. De acuerdo con la Carta N° 027-2021/ZHN/RL, el 9 de junio de 2021, se presenta el informe mensual de la valorización N° 2 (mayo de 2021) y con Carta N° 028-2021/ZHN/RL, de fecha 10 de junio de 2021, se solicitó el pago por la suma de S/. 495,497.27. Esta solicitud contaba con la conformidad del inspector desde el 15 de junio de 2021. Sin embargo, el pago recién fue efectuado el 27 de setiembre de 2021, con un retraso de 90 días, generando un interés legal de S/. 1002.42.
120. En relación con la valorización N° 3, se presentó el respectivo informe de valorización mediante la Carta N° 031-2021/CSSC/RS de fecha 24 de julio de 2021, valorización que corresponde al mes de junio de 2021. No obstante, la Entidad no entregó los documentos correspondientes.

121. Respecto del Informe Mensual de Valorización N° 4, se solicitó la suma de S/. 468,620.37 a través de la Carta N° 009-2021/ING.CSSC/RO del 5 de agosto de 2021 (julio 2021), la cual fue pagada recién el 30 de diciembre de 2021, con 120 días de retraso, generando un interés de S/. 3,955.21.
122. De igual forma, la Demandante hace mención al artículo 39.9 de la Ley de Contrataciones del Estado y el artículo 171.2 de su Reglamento para concluir que la Municipalidad no ha cumplido con el pago de la contraprestación correspondiente a las valorizaciones de los meses mayo, junio y julio de 2021 en los términos de los artículos antes señalados.
123. Finalmente, argumenta que corresponde el reconocimiento y pago de los intereses legales, mismos que serán liquidados a la fecha de pago.

POSICIÓN DE LA MUNICIPALIDAD

124. La Municipalidad alega que la presentación del Informe del mes de mayo se realizó el 12 de junio de 2021, el cual se encontraba fuera de plazo y que la conformidad se otorgó el 24 de agosto de 2021 mediante Informe N° 587-2021/GCVR-GDUR/MPA.
125. De igual forma, señala que la Gerencia de desarrollo urbano rural no realizó los pagos de las valorizaciones, puesto que la función de esta área se reduce a otorgar la conformidad, siendo otra área la encargada de realizar los pagos.
126. A su vez, comenta que para la emisión de la conformidad de servicio primero esta debe ser revisada y evaluada por el funcionario competente, y de haber observaciones estas deben ser subsanadas, siendo finalmente aprobada y otorgada la conformidad respectiva. Lo mencionado se encuentra establecido en el numeral 171.1 del artículo 171°, misma que establece que la entidad paga las contraprestaciones pactadas a favor del contratista dentro de los 10 días calendarios siguientes de otorgada la conformidad.
127. A partir de lo señalado, la Municipalidad menciona que el área usuaria otorgó la conformidad en fecha y el pago se realizó el 29 de setiembre de 2021 con comprobante de Pago N° 4985, por lo que el pago de intereses legales no corresponde, puesto que se realizó el pago adecuado.

ANÁLISIS Y DECISIÓN DEL ÁRBITRO ÚNICO

128. Como base de análisis respecto del pago de intereses reclamado por la Contratista, resulta necesario conocer desde cuando se tiene derecho al pago de las contraprestaciones. Al respecto, el artículo 171° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado señala que:

«Artículo 171. Del pago

171.1. **La Entidad paga las contraprestaciones pactadas a favor del contratista dentro de los quince (15) días calendario siguientes a la conformidad de los bienes, servicios en general y**

consultorías, siempre que se verifiquen las condiciones establecidas en el contrato para ello. 171.2. En caso de retraso en el pago, el contratista tiene derecho al pago de intereses legales, los que se computan desde la oportunidad en que el pago debió efectuarse.

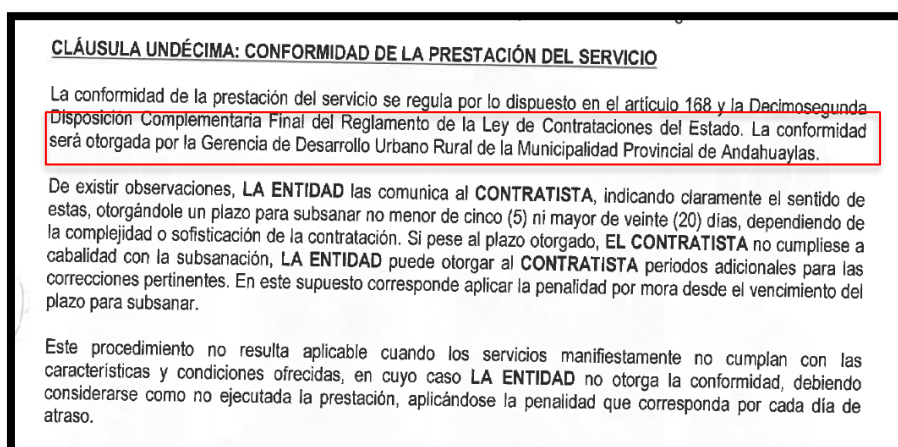
171.3. Las controversias en relación a los pagos a cuenta o pago final pueden ser sometidas a conciliación y/o arbitraje.

171.4. De conformidad con lo establecido en el numeral 39.1 del artículo 39 de la Ley, excepcionalmente el pago puede realizarse en su integridad por adelantado cuando este sea condición de mercado para la entrega de los bienes o la prestación de los servicios, previo otorgamiento de la correspondiente garantía por el mismo monto del pago.

171.5. Conforme a lo establecido en el numeral 45.36 del artículo 45 de la Ley, el pago reconocido al proveedor o contratista como resultado de un proceso arbitral se realiza en la oportunidad que establezca el respectivo laudo y como máximo junto con la liquidación o conclusión del contrato, salvo que el proceso arbitral concluya con posterioridad».

(Énfasis añadido)

129. Conforme la norma antes citada, el derecho al pago se genera con la emisión de la conformidad del servicio, teniendo la entidad un plazo máximo de quince días posteriores a dicho acto para realizar el pago. El retraso en el pago, es decir, la falta de pago o el pago realizado con posterioridad a los quince días luego de la emisión de la conformidad le otorga al contratista el derecho a los intereses legales.
130. Ahora bien, de conformidad con la cláusula undécima del Contrato, la conformidad del servicio la otorga la Gerencia de Desarrollo Urbano Rural de la Municipalidad Provincial de Andahuaylas:



131. Con base en lo expuesto, el Árbitro Único analizará si respecto de las valorizaciones correspondientes a los meses de mayo, junio y julio de 2021 corresponde el pago de los intereses reclamados por la Contratista.

- En relación con la valorización correspondiente a mayo 2021, la Contratista señala que esta obtuvo la conformidad del inspector con la Carta N° 024-2021-INSPECTOR-DMAG/I, de fecha 15 de junio de 2021¹². Señala también que el pago se habría realizado el 27 de setiembre de 2021, con 90 días de retraso.

Al respecto, como señala la cláusula undécima del Contrato, la conformidad del servicio debe ser otorgada por la Gerencia de Desarrollo Urbano Rural de la Municipalidad y no por el inspector. De esta forma, la Municipalidad ha reconocido que la conformidad por la valorización correspondiente a mayo 2021 fue otorgada el 24 de agosto de 2021 mediante el Informe N° 587-2021-GCVR-GDUR/MPA¹³ y el pago realizado, efectivamente, el 27 de setiembre de 2021 con el comprobante de pago N° 4985 (medio probatorio 46 del escrito de demanda). En ese sentido, se advierte que la Entidad debió realizar el pago a más tardar el día 8 de setiembre de 2021 (15 días luego de la emisión de la conformidad); sin embargo, lo realizó 17 días después. Por consiguiente, los intereses legales adeudados por la valorización de mayo de 2021 se deben únicamente por 17 días y no 90.

- En relación con la valorización de junio de 2021, el Contratista no ha acreditado la fecha en la que se le otorgó la conformidad por dichos servicios, razón por la que no se cuenta con el material probatorio que permita conocer si efectivamente hubo un retraso en el pago de esta valorización.
- En relación con la valorización de julio de 2021, se ha señalado que ésta fue pagada el 30 de diciembre de 2021, con 120 días de retraso desde su presentación; sin embargo, al igual que con el Informe N° 3 correspondiente a junio 2021, no se ha presentado el Informe emitido por la Gerencia de Desarrollo Urbano Rural que otorgue la conformidad respecto del Informe N° 4 de julio de 2021. Por consiguiente, no se cuenta con el material probatorio que permita conocer si efectivamente hubo un retraso en el pago de esta valorización.

132. Conforme se ha expuesto, en el presente caso la Contratista no ha logrado acreditar los montos que por intereses legales reclama a través de su quinta pretensión, por lo que esta pretensión deberá declararse infundada.

¹² Numeral 5.37 de la Demanda

¹³ Ver considerando SÉPTIMO del escrito de Contestación de Demanda.

ANÁLISIS DE LA SEXTA CUESTIÓN CONTROVERTIDA DERIVADA DE LA SEXTA PRETENSIÓN PRINCIPAL

SEXTA PRETENSIÓN PRINCIPAL

«Que el árbitro único ordene a la Municipalidad Provincial de Andahuaylas a la devolución y/o reintegro de la garantía de fiel cumplimiento por la suma de S/210,026.40, otorgado mediante retención durante la ejecución del del Contrato Gerencial N° 372-2020-MPA-GM – RES-PROC-036-2020-MPA-1 Contratación del servicio de mantenimiento periódico y rutinario de los caminos vecinales: AP-952 – Ruta: Emp. AP-100 Colpa con 10.00 KM DE LONGITUD, Ruta: Emp. PE-3 Lambraspata Con 10.00 KM de LONGITUD, Ruta: Emp. PE – 3S Emp. PE 3S con 10.80 KM DE LONGITUD, DEL DISTRITO DE KISHUARA PROVINCIA DE ANDAHUAYLAS».

POSICIÓN DE LA CONTRATISTA

133. Conforme, se tiene de las valorizaciones correspondientes a los meses de diciembre de 2020, mayo, junio y julio de 2021, respecto de la prestación del servicio de mantenimiento y estando a lo previsto en la cláusula octava del Contrato, la entidad municipal ha efectuado la retenciones por concepto de garantía de fiel cumplimiento hasta por la suma total de S/ 210,026.40 monto que hasta la fecha no ha sido devuelto, pese a que las supuestas penalidades (penalidad por mora y otras penalidades) ya fueron cobradas en su totalidad de los montos de las valorizaciones antes señaladas.
134. En merito a lo señalado, corresponde al árbitro único declarar fundada la pretensión y por ende ordenar a la Municipalidad Provincial de Andahuaylas la devolución de estos recursos correspondiente a la garantía de fiel cumplimiento del Contrato.

POSICIÓN DE LA MUNICIPALIDAD

135. En posición de la Municipalidad, debe tenerse en cuenta que la ejecución del contrato solo tiene un avance físico equivalente al 93.88% quedando en claro que el contratista no culminó el servicio, lo que consta en el acta de Constancia de Avance Físico de fecha 30 de diciembre de 2021.
136. De acuerdo con la cláusula octava del Contrato, referida a las garantías, señala que el Contratista solicitó la retención del 10% del monto del contrato original como garantía de fiel cumplimiento del contrato original como garantía, por tener la condición de micro y pequeña empresa. La retención deberá ser efectuada por la Entidad durante la primera mitad del número total de pagos a realizarse, de forma prorrateada, con cargo a ser devuelto a la finalización de este.

ANÁLISIS Y DECISIÓN DEL ÁRBITRO ÚNICO

137. A través de su sexta pretensión la Contratista reclama la devolución del monto de la Garantía de Fiel Cumplimiento por la suma de S/ 210,026.40 que aun permanece retenida por la Municipalidad, a pesar de que los montos por penalidades habrían sido íntegramente descontados de las valorizaciones pendientes.
138. A efecto de determinar la procedencia legal del pedido formulado por la Contratista es preciso distinguir la finalidad de la imposición de penalidades de la finalidad del otorgamiento de las garantías a las que hace referencia el artículo 33 de la Ley de Contrataciones del Estado¹⁴.
139. Acerca de la finalidad de la penalidad por mora y otras penalidades resulta ilustrativa la Opinión N° 113-2021/DTN que al respecto señala:

«Finalidad y función de la penalidad por mora

*2.1.2 En primer lugar, corresponde señalar que en el ámbito de aplicación de la normativa de contrataciones del Estado, el incumplimiento o el retraso en el cumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista puede determinar la aplicación de penalidades al contratista o la resolución del contrato. Al respecto, es importante indicar que de acuerdo a lo establecido en el artículo 161 del Reglamento, el contrato establece las penalidades aplicables al contratista ante el incumplimiento injustificado de sus obligaciones contractuales, las cuales deben ser objetivas, razonables y congruentes con el objeto de la convocatoria. Asimismo, el citado artículo dispone en su numeral 161.2 que “La Entidad prevé en los documentos del procedimiento de selección la aplicación de la penalidad por mora; asimismo, puede prever otras penalidades (...)”. (El énfasis es agregado). En esa medida, se advierte que las penalidades que prevé la normativa de contrataciones del Estado, son: i) la “penalidad por mora” en la ejecución de la prestación; y, ii) “otras penalidades”; las cuales se encuentran reguladas conforme a lo establecido en los artículos 162 y 163 del Reglamento, respectivamente. Adicionalmente, cabe **precisar que la finalidad de establecer dichas penalidades es desincentivar el incumplimiento del contratista, así como resarcir a la Entidad por el perjuicio que le hubiera causado tal incumplimiento o el retraso en la ejecución de las prestaciones a su cargo.***

¹⁴ «Artículo 33. Garantías 33.1 Las garantías que deben otorgar los postores adjudicatarios y/o contratistas, según corresponda, son las de fiel cumplimiento del contrato y por los adelantos. Sus modalidades, montos, condiciones y excepciones son regulados en el reglamento».

2.1.3 Ahora bien, en relación con la “penalidad por mora” es preciso mencionar que ésta tiene por finalidad incentivar al contratista a cumplir con los plazos establecidos en el contrato; por tanto, la penalidad por mora sanciona el retraso en la ejecución de las prestaciones a cargo de los contratistas, constituyéndose como el mecanismo coercitivo idóneo para asegurar el cumplimiento oportuno de las obligaciones asumidas por ellos.

Adicionalmente a lo expuesto, la aplicación de la penalidad por mora cumple una función resarcitoria de los eventuales daños y perjuicios que el contratista haya ocasionado a la Entidad con su cumplimiento tardío, la cual se concibe como un mecanismo destinado a fijar la reparación en caso de cumplimiento tardío y siempre que este incumplimiento sea imputable al deudor».

140. De acuerdo con lo expuesto, las penalidades tienen funciones desincentivadoras del cumplimiento tardío y resarcitorias del daño ocasionado a consecuencia de dicha demora; no así la garantía de fiel cumplimiento cuyo otorgamiento. La Opinión OSCE N° 090-2021/DTN sostiene acerca de la garantía de fiel cumplimiento lo siguiente:

«Como se aprecia, la garantía de fiel cumplimiento constituye un requisito indispensable para el perfeccionamiento del contrato; así, el postor ganador debe entregarla a la Entidad por una suma equivalente al 10% del monto del contrato original, siendo que dicha garantía debe mantenerse vigente durante todo el período de la ejecución contractual, hasta la conformidad de la recepción de la prestación contratada (cuando el objeto sea la entrega de bienes o la prestación de servicios en general y consultorías en general, respectivamente). De esta manera, se advierte que **la garantía de fiel cumplimiento busca cautelar el correcto y oportuno cumplimiento del íntegro de las obligaciones que son parte del contrato, y no sólo garantizar el cumplimiento de alguna o algunas prestaciones que comprenda dicho contrato.** Por lo tanto, si una contratación de servicios –distintos a los de consultoría de obra— involucrara una serie de prestaciones a cargo del contratista, este debe respaldar el cumplimiento del total de sus obligaciones contractuales a través de una garantía de fiel cumplimiento, la cual debe mantenerse vigente hasta la conformidad por la cabal ejecución del total de las prestaciones a su cargo, por un monto equivalente al 10% del contrato; en esa medida, dicho monto respalda un eventual incumplimiento de las obligaciones del contratista y el perjuicio ocasionado por este, independientemente del porcentaje de ejecución de tales prestaciones».

141. Conforme se aprecia, la garantía de fiel cumplimiento, a diferencia de las penalidades, busca respaldar no el cumplimiento tardío, sino el

incumplimiento del resto de obligaciones que pudieran haber quedado sin ejecución por parte del Contratista.

142. Con base en lo expuesto, ambas partes reconocen que al 30 de diciembre de 2021 el servicio se encontraba ejecutado al 93.88% de la fase II, restando aun la ejecución de la fase III del Contrato, según se desprende del Informe N° 460-2021-MPA-GDUR/CHC-AT:

4. CONCLUSION.

De acuerdo a la constatación en campo del avance físico realizado al **SERVICIO DE MANTENIMIENTO PERIÓDICO Y RUTINARIO DE LOS CAMINOS VECINALES: AP-952 - Ruta: Emp. AP-100_ Colpa CON 10.00 KM DE LONGITUD, Ruta: Emp. PE-3S_ Lambraspata CON 10.00 KM DE LONGITUD, Ruta: Emp. PE-3S _Emp. PE-3S CON 10.80 KM DE LONGITUD, DEL DISTRITO DE KISHUARA PROVINCIA DE ANDAHUAYLAS DEPARTAMENTO DE APURÍMAC, CON UNA LONGITUD TOTAL DE 30.80 KM., el contratista NORMA ZUÑIGA HUANCA en la prestación del servicio en la Fase II: Mantenimiento Periódico ha alcanzado a un monto de S/. 1,625,696.11 que representa el 93.88% del monto total de la Fase II del contrato.**

143. Si bien las penalidades impuestas en su día han sido descontadas íntegramente de los pagos pendientes al Contratista, esa no es una circunstancia que por sí misma habilite la devolución de la Garantía de Fiel Cumplimiento, pues esta última cubre las integridad de las prestaciones del Contrato y no solo las penalidades o el servicio de la fase II.
144. Sumado a lo señalado, se tiene que se encuentra en discusión si la resolución contractual promovida por la Municipalidad se mantiene firme o no, lo que en uno u otro caso determinará que: se devuelva la garantía de fiel cumplimiento en el monto que ya haya sido ejecutado por el contratista o se mantenga firme hasta la culminación del Contrato.
145. En atención a las consideraciones expuestas, resulta improcedente la devolución de la garantía de fiel cumplimiento.

ANÁLISIS DEL PRIMER Y OCTAVO PUNTO CONTROVERTIDO DERIVADOS DE LA PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL Y PRETENSIÓN RECONVENCIONAL

146. A continuación, el Árbitro Único, en atención a la vinculación que existe entre la pretensión principal de la demanda y la pretensión reconvencional, así como en sus respectivos fundamentos fácticos y jurídicos, analizará ambas cuestiones simultáneamente:

PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL

«Que, el árbitro único, proceda a declarar la nulidad y/o invalidez y/o sin efecto legal la Resolución Gerencial N° 0224-2021-GM-MPA, de fecha 22 de diciembre de 2021, a través de la cual la Municipalidad

Provincial de Andahuaylas resuelve de manera parcial el Contrato Gerencial N° 372-2020-MPA-GM – RES-PROC-036-2020-MPA-1 Contratación del servicio de mantenimiento periódico y rutinario de los caminos vecinales: AP-952 – Ruta: Emp. AP-100 Colpa con 10.00 KM DE LONGITUD, Ruta: Emp. PE 3S Lambraspata con 10.00 KM de LONGITUD, Ruta: Emp. PE – 3S Emp. PE 3S con 10.80 KM DE LONGITUD, DEL DISTRITO DE KISHUARA PROVINCIA DE ANDAHUAYLAS».

PRETENSIÓN RECONVENCIONAL

«Solicito la Resolución total del Contrato Gerencial N° 372-2020-MPA-GM, RES-PROC-036-2020-MPA-1».

POSICIÓN DE LA CONTRATISTA

147. Según la Contratista, no obstante se venía cumpliendo a cabalidad con las obligaciones legales, reglamentarias y contractuales respecto del objeto del contrato, con Carta Notarial N° 1168, de fecha 23 de diciembre de 2021, se les notificó la Resolución Gerencial N° 0224-2021-GM-MPA, de fecha 22 de diciembre de 2021, a través de la cual la Municipalidad Provincial de Andahuaylas dispone la resolución de forma parcial del Contrato Gerencial N° 372-2020-MPA-GM – RES-PROC-036-2020-MPA-1, señalado como fundamento el hecho de haber llegado a acumular el monto máximo de la penalidad por mora en la ejecución de la prestación a su cargo, establecido en el literal b) del numeral 164.1 del artículo 164° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.
148. De la revisión de los fundamentos establecidos en la Resolución Gerencial N° 0224-2021-GM-MPA, se tiene que la contratista habría incurrido en causal de resolución de contrato al haber acumulado la penalidad máxima por mora, así como por otras penalidades; sin embargo, dicha aseveración, así como los informes que sirven de sustento para la emisión de dicho acto administrativo, carecen de sustento fáctico en la realidad de los hechos, así como de sustento legal a tal punto que, a través de otros informes de los mismos funcionarios de la entidad municipal, fueron esclarecidos, dejando sin mayor argumento respecto a los fundamentos esbozados en la precitada resolución.
149. Se viene imputando que la Contratista habría incurrido en la causal de resolución de contrato por haber superado el monto máximo de la penalidad por mora, así como el monto máximo de otras penalidades en la ejecución de la prestación, contraviniendo de manera abierta lo previsto en el literal b) del numeral 164.1 del artículo 164° del Reglamento, por cuanto dicha normativa prevé dos supuestos para la aplicación de la penalidad (penalidad por mora y otras penalidades), los cuales obedecen a causales y procedimientos claramente diferenciados. En ese contexto, si bien la penalidad por mora es de aplicación automática; sin embargo, la aplicación de las otras penalidades además de cumplir con los requisitos establecidos en el artículo 163°, deben de estar claramente establecidos en el contrato, los supuestos de aplicación, la fórmula de cálculo y el procedimiento, por lo que

de manera categórica, señalan que no se ha incurrido en ninguno de los supuestos que se vienen imputando, por lo que tampoco fueron comunicados de estas penalidades, por lo que tampoco corresponde su aplicación.

150. La Resolución Gerencial señala que para el 5 de julio de 2021 (fecha de vencimiento del plazo contractual) la Contratista no habría cumplido con la prestación del servicio objeto del contrato y que, de acuerdo al Informe N° 301-2021-MPA-GDUR/CHC-AT, presentado por el analista técnico, habría acumulado hasta la suma de S/ 908,410.28 de penalidad, situación que también habría sido ratificada por el inspector de obra, quién a través de su Carta N° 079-2021-INSPECTOR-DMAG/I, de fecha 7 de diciembre de 2021, señala que solo se tendría un avance físico de 58.91%, quedando pendiente por ejecutar el 41.09%. Sin embargo, se tiene de la Carta N° 007-2021/ING.CSSC/R.O, de fecha 6 de julio de 2021, que se solicitó al Ing. Darwin Miguel Añanca Gamboa, inspector del servicio, la recepción del servicio, sin que haya respuesta formal alguna por parte del referido inspector de servicio.
151. Con Carta N° 010-2021/ING.CSSC/R.O, de fecha 7 de agosto de 2021, se reiteró el pedido de recepción de servicio, misiva que recién fue atendida por el inspector, quién por medio de su Carta N° 046-2021-INSPECTOR-DMAG/I, comunica a la Municipalidad Provincial de Andahuaylas la recepción del servicio, en cuyo segundo párrafo señala que al 7 de julio de 2021, fecha en la que hace la constatación *insitu*, el contratista ha cumplido con las actividades del mantenimiento periódico.
152. Por la propia manifestación del inspector del servicio, Ing. Darwin Miguel Añanca Gamboa, se tendría que la Contratista ha cumplido con todos los trabajos del servicio de mantenimiento periódico y rutinario dentro de los plazos contractuales (5 de julio de 2021), por cuanto la visita en campo por parte del inspector de servicio recién se hace el 7 de julio de 2021, tal como se consigan en su Carta N° 046-2021-INSPECTOR-DMAG/I. Si bien la Carta N° 046-2021-INSPECTOR-DMAG/I hace referencia a la existencia de algunas observaciones, estas tenían que ser levantadas ya en la etapa de recepción de servicio, cuando el comité de recepción haya formulado su pliego de observaciones, lo que en modo alguna implica que no se haya cumplido con el objeto de la prestación correspondiente a la ETAPA II.
153. En relación con lo señalado por el inspector de obra validado en la Resolución Gerencial N° 0224-2021-GM-MPA, en el sentido de que al 7 de diciembre de 2021, solo tendría un avance físico del 58.91%, cabe aclarar en principio que resulta absolutamente contradictorio con su Carta N° 046-2021-INSPECTOR-DMAG/I, de fecha 7 de agosto de 2021, a través de la cual solicita a la entidad municipal la recepción del servicio, señalando como fundamento que al 7 de julio de 2021, el contratista ha cumplido con las actividades del mantenimiento periódico de acuerdo al plan de trabajo.
154. El 29 de diciembre de 2021 se hace la constatación en campo del avance físico del servicio de mantenimiento periódico rutinario de los caminos vecinales y sobre cuyo mérito el analista de técnico, Ing. Celso Huachaca Camacho, emite el Informe N° 460-2021-MPA-GDUR/CHC-AT, de fecha 30 de diciembre de 2021, informe que también se encuentra validado por el

inspector de servicio Ing. Darwin Miguel Añanca Gamboa, en la que se concluye que luego de la constatación en campo se ha verificado que se tiene un avance de ejecución física del 93.88%, con lo cual queda evidenciado que la información remitida por el inspector Ing. Darwin Miguel Añanca Gamboa a través de su Carta N° 079-2021-INSPECTOR-DGAG/O no se ajusta a la verdad de los hechos y menos justifica la causal de resolución de contrato.

155. Si bien en la parte considerativa de la Resolución Gerencial N° 0224-2021-GM-MPA se hace referencia a que la Contratista habría también superado el monto máximo de otras penalidades, en ningún extremo de dicho acto administrativo se aprecia de manera clara y precisa cuales serían estos supuestos de otras penalidades en las que se habría incurrido y no se hace referencia al cumplimiento del procedimiento ni a la forma de cómo fueron calculados.
156. El Contrato ha establecido varios supuestos para la aplicación de otras penalidades; sin embargo, de la revisión de la Resolución Gerencial N° 0224-2021-GM-MPA, a través de la cual se resuelve el precitado contrato, no se aprecia en cuál de los supuestos habría incurrido la contratista, no se indica la forma de cómo fueron calculados estas penalidades y menos se establece si se cumplieron los procedimientos, atentando de manera flagrante el principio del debido y proceso y sobre todo restringiendo el derecho a la legítima defensa.
157. Otro aspecto a tener en consideración es que en el supuesto negado de que la Contratista se encuentre incurso en la aplicación de penalidad por mora, ello de ninguna manera podría superar el 10% del monto contractual, tal como lo prescribe el numeral 161.2 del artículo 161° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, pero no obstante ello, la entidad municipal de manera ilegal y arbitraria, viene aplicando una penalidad hasta por la suma S/ 908,410.28 el cual supera en demasía el 10% del monto contractual. Asimismo, respecto a la supuesta aplicación de otras penalidades distintas a la mora, de acuerdo a lo establecido en la décimo cuarta del contrato, ésta tampoco debía de superar el 10% en cuanto a su aplicación; sin embargo, conforme los fundamentos establecidos en la Resolución Gerencial N° 0224-2021-GM-MPA, se viene imponiendo una penalidad de S/ 646,800.00, monto que supera en demasía los topes previstos en el contrato en la normativa que regula las contrataciones públicas.
158. Tanto en la parte considerativa, así como en la parte resolutive de la Resolución Gerencial N° 0224-2021-GM-MPA, se indica que se resuelve de manera parcial el Contrato; sin embargo, no se precisa que parte del contrato se resuelve y que parte aún sigue vigente.
159. Finalmente, la Contratista argumenta que, otro aspecto a tener en consideración para declarar fundada su Primera Pretensión es que, el funcionario que suscribe la Resolución Gerencial N° 0224-2021-GM-MPA, a través de la cual la Municipalidad resuelve de manera parcial el Contrato, es el gerente municipal Fredy Meneses Zavaleta. A partir de ello, en un principio, el titular le habría otorgado la delegación de facultades a través de la

Resolución de Alcaldía N° 047-2021-MPA-AL, de fecha 19 de febrero de 2021; no obstante, al revisar dicho documento acto administrativo, la Demandante constató que no se encuentra delegada la facultad de resolver contratos, por lo que dicho funcionario no contaría con las competencias para suscribir el acto administrativo de resolución de contrato.

POSICIÓN DE LA MUNICIPALIDAD

160. Las bases que contienen los términos de referencia son las reglas definitivas del proceso de selección, en consecuencia, los términos de regencia establecen el procedimiento y plazos para la recepción u conformidad de cumplimiento de la fase mantenimiento periódico. De la revisión de los términos de referencia se tiene el inciso C del numeral 6.2 fase II, ejecución del mantenimiento periódico, que establece el mecanismo operativo para por concluida la Fase II.
161. La Municipalidad refiere que el artículo 168.2 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado señala que la conformidad requiere del informe del funcionario responsable del área usuaria quien verifica, dependiendo de la naturaleza de la prestación la calidad, cantidad y cumplimiento de las condiciones contractuales.
162. Si bien es cierto que el contratista comunicó al inspector la culminación de las actividades y el inspector traslada a la Entidad dicha información, no se cumplió con los requisitos establecidos en los términos de referencia que forman parte del Contrato, al no contarse con el Acta de Observaciones ni el Acta de Culminación de Actividades e Informe Final, menos aún la conformidad del área usuaria. Por lo tanto, el Contratista incurrió en la causal de resolución del contrato al haber acumulado la penalidad máxima por mora, puesto que el contratista no cuenta con el acta de culminación de la Fase II. Asimismo, el acta de constancia de avance físico del 30 de diciembre de 2021 se establece que el servicio tiene un avance físico equivalente al 93.88%, quedando claro que no se culminó el servicio.
163. En cuanto a la pretensión reconvencional, el fundamento fáctico que sostiene dicha pretensión se refiere al hecho de haber sobrepasado con exceso las penalidades, conforme se aprecia en el Informe N° 177-2022/AT-OMCZ y al incumplimiento de lo señalado en los términos de referencia.
164. Debe tomarse en cuenta que para que el contratista supere la máxima penalidad por mora debería tener como máximo un retraso de 25 días calendario, a partir del 5 de julio de 2021, teniéndose en cuenta que la resolución del contrato se formaliza mediante la Resolución Gerencial N° 0224-2021-GM-MPA del 22 de diciembre de 2021, teniéndose más de 160 días calendario a la fecha de resolución del contrato, superando ampliamente el plazo de ejecución y con ello el monto máximo establecido para la acumulación por mora.

ANÁLISIS Y DECISIÓN DEL ÁRBITRO ÚNICO

165. El Árbitro Único tiene en cuenta que la Resolución Gerencial N° 0224-2021-GM-MPA del 22 de diciembre de 2021 declara la resolución parcial del Contrato N° 372-2020-MPA-GM de "CONTRATACIÓN DEL SERVICIO DE MANTENIMIENTO PERIÓDICO Y RUTINARIO DE LOS CAMINOS VECINALES: AP-952 – RUTA: EMP. AP-100_ COLPA CON 10.00 KM DE LONGITUD, RUTA: EMP. PE – 3S EMP. PE 3S CON 10.80 KM DE LONGITUD, DEL DISTRITO DE KISHUARA PROVINCIA DE ANDAHUAYLAS, DEPARTAMENTO DE APURÍMAC, CON UNA LONGITUD TOTAL DE 30.80 KM" por razón de haberse acumulado el máximo legal de la penalidad por mora, conforme se aprecia a continuación:

SE RESUELVE:

ARTÍCULO PRIMERO.- RESOLVER EN FORMA PARCIAL el CONTRATO N° 372-2020-MPA-GM/ RES-PROC-036-2020-MPA-1, CONTRATACIÓN DEL SERVICIO DE MANTENIMIENTO PERIÓDICO Y RUTINARIO DE LOS CAMINOS VECINALES: AP.952 - Ruta: Emp. AP-100_ colpa CON 10.00 KM DE LONGITUD, Ruta: Emp. PE-3S_ Emp. PE, 3S CON 10.80 KM DE LONGITUD, DEL DISTRITO DE KISHUARA PROVINCIA DE ANDAHUAYLAS DEPARTAMENTO DE APURÍMAC, CON UNA LONGITUD TOTAL DE 30.80 KM, de fecha 21 de setiembre del 2020, derivada del PROCEDIMIENTO ESPECIAL DE SELECCIÓN N° RES.PROC-036-2020-MPA, suscrita entre la Municipalidad Provincial de Andahuaylas y la Sra. Norma Zuniga Huanca, con RUC N° 10432925574., por la causal haber llegado a acumular el monto máximo de la penalidad por mora en la ejecución de la prestación a su cargo, establecido en el literal b) del numeral 164.1 del artículo 164° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, la Resolución Parcial del contrato, se realiza de conformidad a las recomendaciones y opiniones contenidas en los documentos presentados por las unidades orgánicas responsables, que han sido citados en la parte considerativa y, que forman parte integrante de la presente Resolución.

ARTÍCULO SEGUNDO.- ENCARGAR, a la Unidad de Logística de la Municipalidad Provincial de Andahuaylas, poner de conocimiento de la Resolución de contrato en forma Parcial, al Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE) con arreglo y fines de ley; Asimismo, una vez consentida la presente Resolución comunicar a la Instancia Correspondiente a efectos de iniciar las acciones legales que correspondan contra el contratista, por los daños y perjuicios ocasionados a la Municipalidad Provincial de Andahuaylas, bajo responsabilidad administrativa y funcional.

ARTÍCULO TERCERO.- NOTIFICAR, vía Carta Notarial la presente Resolución Gerencial a la Sra. NORMA ZUNIGA HUANCA, en el domicilio consignado en el CONTRATO N° 372-2020-MPA-GM/ RES-PROC-036-2020-MPA-1, de fecha 21 de setiembre del 2020.

166. Como se advierte, el único fundamento que respalda la decisión adoptada por la Municipalidad para resolver parcialmente el Contrato es la imposición de la penalidad por mora en la ejecución de las obligaciones del Contratista, aun cuando en su parte considerativa ha hecho referencia a informes que aluden a la imposición de otras penalidades.
167. No obstante, conforme ha sido desarrollado en el análisis de la segunda pretensión de la demanda, dicha penalidad (por mora) resulta ineficaz por haber sido impuesta con errores en su cálculo, superando el monto máximo permitido, y sin ceñirse al procedimiento establecido en los términos de referencia contenidos en el Anexo 2 de la Resolución Ministerial N° 339-2020-MTC/01.02.
168. Atendiendo a lo señalado, la Resolución Gerencial N° 0224-2021-GM-MPA del 22 de diciembre de 2021 resulta igualmente ineficaz, toda vez que el supuesto fáctico sobre el que se sostiene no tiene más efectos en atención a lo ya desarrollado en el presente laudo.
169. Asimismo, al haberse declarado ineficaz la penalidad por mora impuesta por la Municipalidad, resulta infundado el pedido reconventional formulado por la demandada, toda vez que la resolución total del Contrato que persigue se sustenta también en la existencia de la referida penalidad por mora.

170. Por las razones expuestas, la primera pretensión principal de la demanda debe ser declarada fundada, al ser ineficaz la Resolución Gerencial N° 0224-2021-GM-MPA e infundada la pretensión reconvencional de la Municipalidad, por cuanto la penalidad por mora impuesta ha sido declarada ineficaz.

ANÁLISIS DE LA SÉPTIMA CUESTIÓN CONTROVERTIDA DERIVADA DE LA SÉPTIMA PRETENSIÓN PRINCIPAL

SÉPTIMA PRETENSIÓN PRINCIPAL

«Que, el Árbitro Único ordene a la Municipalidad Provincial de Andahuaylas, el reconocimiento y pago íntegro de los costos y costas procesales».

POSICIÓN DE LA CONTRATISTA

171. La Demandante señala que encontrándose la Resolución Gerencial N° 0224-2021-GM-MPA y las penalidades impuestas en el ámbito de la ilegalidad y arbitrariedad, obliga a esta asumir o incurrir en gastos adicionales a los contractuales, por lo que considera que la entidad Municipal debe asumir el pago de las costas procesales. Mientras que, respecto de los costos, argumenta que el simple hecho de asumir el presente proceso conllevó a la necesidad de contratar asesoría legal especializada, solo por el actuar ilegal de la Municipalidad.

POSICIÓN DE LA MUNICIPALIDAD

172. Por su parte, la Municipalidad señala que no se encuentra facultada a realizar dichos pagos, en virtud a que la señora Norma Zúñiga Huanca es quien solicitó someterse al arbitraje en razón de no asumir las penalidades por mora y otras penalidades, por lo cual no tienen obligación de pagar las costas y costos procesales

ANÁLISIS Y DECISIÓN DEL ÁRBITRO ÚNICO

173. Respecto de las costas y costos del proceso, el Árbitro Único tiene en cuenta lo dispuesto por el artículo 69° de la Ley de Arbitraje, en el que se establece que, en el marco de un arbitraje, debe determinarse la asunción de los costos arbitrales, en primer término, estos deben ser pactados por las partes, y solo frente a la falta de acuerdo será el Árbitro Único quien ordenará la asunción de éstos.

«Artículo 69.- Libertad para determinar costos.

Las partes tienen la facultad de adoptar, ya sea directamente o por referencia a reglamentos arbitrales, reglas relativas a los costos del arbitraje. A falta de acuerdo, el tribunal arbitral dispondrá lo conveniente, con sujeción a lo dispuesto en este título».

174. Frente a esto, el Árbitro Único se encuentra obligado a evaluar, en primer término, la existencia de acuerdo de las partes sobre los costos arbitrales contenido en el Contrato. Al remitirnos a la cláusula Décimo Novena: Solución de Controversias, que contiene el convenio arbitral, se advierte que las partes no han establecido acuerdo respecto a las costas y costos del proceso arbitral:

CLÁUSULA DÉCIMA NOVENA: SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

Las controversias que surjan entre las partes durante la ejecución del contrato se resuelven mediante conciliación o arbitraje, según el acuerdo de las partes.

Cualquiera de las partes tiene derecho a iniciar el arbitraje a fin de resolver dichas controversias dentro del plazo de caducidad previsto en la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento.

Facultativamente, cualquiera de las partes tiene el derecho a solicitar una conciliación dentro del plazo de caducidad correspondiente, según lo señalado en el artículo 224 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, sin perjuicio de recurrir al arbitraje, en caso no se llegue a un acuerdo entre ambas partes o se llegue a un acuerdo parcial. Las controversias sobre nulidad del contrato solo pueden ser sometidas a arbitraje.

El Laudo arbitral emitido es inapelable, definitivo y obligatorio para las partes desde el momento de su notificación, según lo previsto en el numeral 45.21 del artículo 45 de la Ley de Contrataciones del Estado.

175. De la revisión del convenio arbitral de la presente controversia, el Árbitro Único constata que las partes no han pactado en el convenio arbitral de la presente controversia una forma respecto al pago o distribución de los costos y costas arbitrales.
176. En tal sentido, el Árbitro Único considera pertinente referirse a lo dispuesto por el Reglamento de Arbitraje del Centro que en sus artículos 56° y 76° establecen lo siguiente:

«Artículo 46°.- Contenido del laudo

1. Todo laudo deberá ser motivado, a menos que las partes hayan convenido algo distinto o que se trate de un laudo pronunciado en los términos convenidos por las partes en una transacción o conciliación. Constarán en el laudo, la fecha en que ha sido dictado y el lugar del arbitraje.

2. El Tribunal Arbitral o Arbitro Unipersonal se pronunciará en el laudo sobre la asunción o distribución de los costos del arbitraje, según lo previsto en el artículo siguiente».

«Artículo 47°.- Condena de costos

1. De haberse petitionado la condena de los costos, el Tribunal Arbitral o Arbitro Unipersonal se pronunciará en el laudo si procede la condena para el pago de los costos del arbitraje y establecerá cuál de las partes debe pagarlos o en qué proporción deben repartirse entre ellas, teniendo presente, de haberse previsto, lo pactado en el convenio arbitral.

2. Para los efectos de la condena correspondiente se tomará en consideración el resultado o sentido del laudo, así como la actitud que hubiesen tenido las partes durante el arbitraje, pudiendo penalizar el entorpecimiento o dilación manifiesto practicado por cualquiera de las partes. También se podrá tomar en consideración la pertinencia y cuantía de las pretensiones y si su monto incidió sustancialmente en el incremento de los costos.

3. Si no hubiera condena, cada parte cubrirá sus gastos y los que sean comunes en iguales proporciones, entendiéndose como comunes los honorarios y los gastos del Tribunal Arbitral o Arbitro Unipersonal, los honorarios de los peritos designados por dicho colegiado por propia iniciativa y los gastos administrativos del Centro».

177. Asimismo, el Árbitro Único considera pertinente tener en cuenta, de manera supletoria, lo dispuesto por la Ley de Arbitraje sobre los costos del arbitraje. Así, el artículo 70º de la Ley de Arbitraje, establece lo siguiente:

«Artículo 70º. –

- 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».

178. Así también, el artículo 73º de la Ley de Arbitraje establece que, a efectos que el Árbitro Único determine la asunción de costos del arbitraje, este debe tener en consideración el acuerdo de las partes, siendo que, frente a la falta del mismo, se dispone atribuir a la parte vencida los costos del arbitraje; no obstante, de considerarlo, el Árbitro Único podrá distribuir o prorratear estos costos si lo estima razonable.

«Artículo 73.- Asunción o distribución de costos.

El tribunal arbitral tendrá en cuenta a efectos de imputar o distribuir los costos del arbitraje, el acuerdo de las partes. A falta de acuerdo, los costos del arbitraje serán de cargo de la parte vencida. Sin embargo, el tribunal arbitral podrá distribuir y

prorratear estos costos entre las partes, si estima que el prorrateo es razonable, teniendo en cuenta las circunstancias del caso. (...))»

179. Por tanto, al no existir acuerdo de las partes y atendiendo a lo dispuesto en el Reglamento de Arbitraje del Centro, así como en la Ley de Arbitraje, el Árbitro Único cuenta con discrecionalidad para determinar los costos del arbitraje.
180. Teniendo en cuenta el resultado del presente laudo arbitral, el Árbitro Único aprecia que el demandante ha prevalecido en la mayoría de sus pretensiones y se configura, por tanto, el supuesto de una parte vencida debido a las circunstancias del presente caso, por lo tanto, corresponde aplicar lo dispuesto por el artículo 73° de la Ley de Arbitraje, ya que, tal como menciona dicho artículo, en el caso que no haya acuerdo sobre la distribución de costos en el arbitraje, corresponde que dichos costos los asuma la parte vencida. En concordancia con lo decidido en el presente laudo, siendo que la primera, segunda, tercera y cuarta pretensión principal formuladas por la señora Norma Zúñiga Huanca han sido declaradas fundadas y la pretensión reconvenzional formulada por la Municipalidad Provincial de Andahuaylas ha sido declarada infundada, corresponde señalar que la Municipalidad Provincial de Andahuaylas se configura como la parte vencida.
181. Entonces, por todo lo expuesto, la Municipalidad Provincial de Andahuaylas debe asumir la totalidad de los costos incurridos en el presente arbitraje.
182. En el presente proceso arbitral, se encuentra acreditado que cada parte pagó el íntegro de los honorarios del Árbitro Único así como los gastos administrativos del Centro que correspondían según las liquidaciones para la demanda y reconvencción.
183. Al respecto, el Centro ha informado que los gastos asumidos por las partes son como sigue a continuación:
 - La demandante ha asumido los gastos arbitrales correspondientes a la Demanda por la suma de S/ 6,651.90, por honorarios del Árbitro Único y la suma de S/ 7,151.90 más I.G.V. por gastos administrativos del Centro. (Ver Carta N° 213-2022-CAEASAC, del 20 de octubre de 2022)
 - La demandada ha asumido los gastos arbitrales correspondientes a su reconvencción por la suma de S/ 3,260.87, por honorarios del Árbitro Único y la suma de S/ 4,130.00 más I.G.V. por gastos administrativos del Centro. (Ver Carta N° 212-2022-CAEASAC, del 19 de octubre de 2022).
184. En consecuencia, el Árbitro Único declara fundada la séptima pretensión de la demanda; en consecuencia, se ordena que la Municipalidad Provincial de Andahuaylas asuma la totalidad de los costos del proceso (honorarios del Tribunal Arbitral y gastos administrativos) según los montos indicados previamente.

185. Finalmente, los costos por servicios legales, expertos, y otros propios de cada parte incurridos en este arbitraje, deben ser asumidos por cada una, según corresponda.

XII. DECISIÓN:

186. El Árbitro Único, dentro del plazo fijado y en derecho **LAUDA:**

PRIMERO: DECLARAR FUNDADA la primera pretensión principal de la demanda interpuesta por la señora Norma Zúñiga Huanca, de fecha 18 de julio de 2022.

SEGUNDO: DECLARAR FUNDADA la segunda pretensión principal de la demanda interpuesta por la señora Norma Zúñiga Huanca, de fecha 18 de julio de 2022.

TERCERO: DECLARAR FUNDADA la tercera pretensión principal de la demanda interpuesta por la señora Norma Zúñiga Huanca, de fecha 18 de julio de 2022.

CUARTO: DECLARAR FUNDADA EN PARTE la cuarta pretensión principal de la demanda interpuesta por la señora Norma Zúñiga Huanca, de fecha 18 de julio de 2022, debiéndose ordenar que la Municipalidad Provincial de Andahuaylas devuelva a la Contratista la suma de **S/ 346,052.80**.

QUINTO: DECLARAR INFUNDADA la quinta pretensión principal de la demanda interpuesta por la señora Norma Zúñiga Huanca, de fecha 18 de julio de 2022.

SEXTO: DECLARAR IMPROCEDENTE la sexta pretensión principal de la demanda interpuesta por la señora Norma Zúñiga Huanca, de fecha 18 de julio de 2022.

SÉPTIMO: DECLARAR INFUNDADA la pretensión reconvenzional de la Municipalidad Provincial de Andahuaylas interpuesta mediante escrito de fecha 21 de setiembre de 2022.

OCTAVO: DECLARAR FUNDADA la octava pretensión de la de la demanda interpuesta por la señora Norma Zúñiga Huanca, de fecha 18 de julio de 2022.

NOVENO: CONDENAR a la Municipalidad Provincial de Andahuaylas al pago del 100% de los gastos arbitrales del presente proceso, según los montos consignados en el fundamento 201) del Laudo y **DISPONER** que cada parte asuma los costos de sus respectivas defensas legales.



DANIEL ALBERTO CUENTAS PINO
Árbitro Único

