

EXP. N° 2195-157-19

GREEN AND BLACK SERVICE E.I.R.L con el GOBIERO REGIONAL DE HUANCAMELICA

LAUDO ARBITRAL

DEMANDANTE: GREEN AND BLACK SERVICE E.I.R.L (en adelante, el CONTRATISTA)

DEMANDADO: GOBIERO REGIONAL DE HUANCAMELICA (en adelante, la ENTIDAD)

TIPO DE ARBITRAJE: Institucional y de Derecho

TRIBUNAL ARBITRAL: Marco Antonio Martínez Zamora (árbitro único)

SECRETARIA ARBITRAL: Joan Enrique Torre Pinares
Secretario(a) Arbitral del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de PUCP.

Decisión N°10

En Lima, a los 03 días del mes de marzo del año dos mil veintiuno, el Tribunal Arbitral Unipersonal, luego de haber realizado las actuaciones arbitrales de conformidad con la ley y las normas establecidas, escuchados los argumentos sometidos a su consideración y deliberando en torno a las pretensiones planteadas en la demanda, dicta el siguiente laudo para poner fin, por decisión de las partes, a la controversia planteada.

I. EL CONVENIO ARBITRAL

- 1.1. El presente laudo parcial se emite en concordancia con lo establecido en el Convenio Arbitral recogido en la Cláusula Décimo Octava del Contrato N°027-2018-ORA (en adelante, el CONVENIO):

CLÁUSULA DÉCIMO OCTAVA: 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 los artículos 122°, 137°, 140°, 143°, 146°, 147° y 149° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado o, en su defecto, en el inciso 45.2 del artículo 45 de la Ley de Contrataciones del Estado. El arbitraje será institucional.

Facultativamente, cualquiera de las partes tiene el derecho a solicitar una conciliación dentro del plazo de caducidad correspondiente, según lo señalado en el artículo 183° 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 inciso 45.8 del artículo 45 de la Ley de Contrataciones del Estado.

- 1.2. En vista de que dicha cláusula no indicó expresamente qué institución se encargaría de gestionar el presente arbitraje, fue el CONTRATISTA quien decidió iniciar el presente arbitraje ante el Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (en adelante, el CENTRO) a través de su solicitud de arbitraje de fecha 9 de abril de 2019. Tal competencia, se vio ratificada por parte de la ENTIDAD quien a través de su escrito de contestación de la solicitud de arbitraje de fecha 28 de fecha no cuestionó la competencia del CENTRO, conforme a lo previsto por el inciso 5 del artículo 13° del Decreto Legislativo N° 1071, decreto legislativo que norma el arbitraje (en adelante, simplemente la LEY DE ARBITRAJE).
- 1.3. Habiendo sido conferida la competencia al CENTRO, el presente arbitraje se desarrolla conforme al el Reglamento de Arbitraje PUCP 2017 (en adelante, el REGLAMENTO).

II. CONSTITUCIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL

- 2.1. En vista de que el CONVENIO no precisó el número de árbitros que compondrían el Tribunal Arbitral, se estableció que la presente controversia sería conocida por un árbitro único, de conformidad con el artículo 23° del REGLAMENTO.
- 2.2. Así, la Secretaría Arbitral informó a las partes la designación de Corte de Arbitraje del Centro del árbitro Marco Antonio Martínez

Zamora para conocer la presente controversia a través de la Comunicación N° 5.

- 2.3. El referido profesional, remitió su aceptación como árbitro único el 13 de agosto de 2019, siendo ello informado a las partes a través de la Comunicación N°6 de fecha 15 de agosto de 2019, quedando entonces el Tribunal Arbitral válidamente constituido.

III. RESUMEN DE LAS PRINCIPALES ACTUACIONES ARBITRALES

- 3.1. Mediante Decisión N°1 del Tribunal Arbitral, de fecha 3 de octubre de 2019, notificada a las partes el 7 de octubre de 2020, se fijaron las reglas aplicables al presente arbitraje y se otorgó un plazo de diez (10) días hábiles al CONTRATISTA para que presente su demanda arbitral. Asimismo, se otorgó el mismo plazo a la ENTIDAD para que acredite el registro en el SEACE.
- 3.2. Con fecha 22 de octubre de 2019 el CONTRATISTA presentó su demanda arbitral, y mediante Comunicación N°7, de fecha 7 de noviembre de 2019, se tuvo por presentada la demanda arbitral por parte del CONTRATISTA y se otorga un plazo de diez (10) días hábiles a la ENTIDAD para que presente su contestación de la demanda.
- 3.3. Con fecha 21 de noviembre de 2019 la ENTIDAD presentó su contestación de la demanda arbitral y dedujo excepción de caducidad respecto de las pretensiones del CONTRATISTA. En ese sentido, mediante la Comunicación N°8 de fecha 2 de diciembre de 2019, se corrió traslado de la excepción planteada al CONTRATISTA y se otorgó a dicha parte un plazo de diez (10) días hábiles para que la absuelva.
- 3.4. Con fecha 16 de diciembre de 2020 el CONTRATISTA presentó su escrito de absolución de la excepción planteada.
- 3.5. Mediante Decisión N°2 de Tribunal Arbitral, de fecha 17 de enero de 2020, se informó a las partes acerca del nuevo local institucional del Centro de Arbitraje PUCP.
- 3.6. Mediante Decisión N°3 del Tribunal Arbitral, de fecha 21 de julio de 2020, se citó a una audiencia especial de excepciones para el día 24 de julio de 2020 a las 12:30 pm.
- 3.7. El 24 de julio de 2020, se llevó a cabo la Audiencia de excepciones fin de que las partes puedan sustentar su posición sobre la excepción. Habiendo ambas partes informado con suficiencia

respecto de la excepción planteada, el árbitro único dispuso traer para resolver la planteada y fijar el plazo para la emisión del laudo parcial en 40 días hábiles conforme lo establece el artículo 53 del REGLAMENTO.

- 3.8. Mediante Decisión N°4, se emitió el Laudo Parcial de fecha 7 de agosto de 2020, por el cual se declaró infundada la excepción de caducidad deducida por la ENTIDAD respecto de la demanda planteada por el CONTRATISTA, conforme a los fundamentos establecidos en la parte considerativa de dicha decisión.
- 3.9. Mediante Decisión N°5, de fecha 25 de agosto de 2020, se tuvo por interpuesto el recurso de interpretación contra el laudo parcial por parte de la ENTIDAD y se corrió traslado al CONTRATISTA por el plazo de diez (10) días hábiles. Asimismo, se le autorizó al CONTRATISTA el pago en subrogación de los gastos arbitrales de la ENTIDAD dentro del plazo de los diez (10) días hábiles.
- 3.10. Mediante Decisión N°6, de fecha 11 de setiembre de 2020, se declaró improcedente la solicitud de interpretación planteada por la ENTIDAD.
- 3.11. Mediante Decisión N°7, de fecha 21 de enero de 2021, se fijaron las cuestiones controvertidas de las cuales se iba a pronunciar el Tribunal Arbitral, se admitieron los medios probatorios y se citó a audiencia para el 1 de febrero de 2021 a las 4 pm.
- 3.12. Mediante Decisión N°8, de fecha 27 de enero de 2021, se reprogramó la audiencia para el 8 de febrero de 2021 a las 9 am, debido al escrito presentado por la ENTIDAD en el que solicitaba la reprogramación de la audiencia por el contexto de pandemia en el que nos encontramos.
- 3.13. El 8 de febrero de 2021, se llevó a cabo la Audiencia Única a fin de que las partes puedan argumentar lo que le respecta de su derecho.
- 3.14. Mediante Decisión N° 9, de fecha 9 de febrero de 2021, se declaró el cierre de las actuaciones arbitrales, se fijó el plazo para emitir el laudo arbitral en cuarenta (40) días hábiles; plazo que podrá ser prorrogado por un plazo máximo de diez (10) días hábiles.
- 3.15. En la fecha, dentro del plazo establecido, se emite el presente Laudo Arbitral.

IV. SOBRE LOS COSTOS ARBITRALES

- 4.1. Mediante Comunicación de Secretaría Arbitral de fecha 7 de octubre de 2019 se efectuó una primera liquidación de los gastos arbitrales conforme lo siguiente:

Concepto	Monto
Honorarios del Tribunal Arbitral	S/ 6,500 neto para el árbitro único
Gastos Administrativos del Centro	S/ 6,000 más IGV.

- 4.2. Dichos montos debían ser cancelados en partes iguales por cada una de las partes.
- 4.3. Mediante comunicación de Secretaría Arbitral de fecha 21 de julio de 2020 se tuvo por cancelados los gastos correspondientes al CONTRATISTA, y se autorizó a dicha parte a efectuar el pago de los gastos correspondientes a la ENTIDAD vía subrogación.
- 4.4. Mediante comunicación de Secretaría Arbitral de fecha 15 de setiembre de 2020, se tuvieron por acreditados los pagos correspondientes a los gastos arbitrales subrogados asumidos por el CONTRATISTA.

V. FIJACIÓN DE PUNTOS CONTROVERTIDOS

- 5.1. Mediante Decisión N° 7 de fecha 21 de enero de 2021, se determinaron las cuestiones controvertidas del presente arbitraje, en los términos siguientes:
- a. **Primera cuestión controvertida:** *Determinar si corresponde dejar sin efecto la penalidad interpuesta por el monto de S/. 285, 819. 00*
 - b. **Segunda cuestión controvertida:** *Determinar si corresponde que se orden el pago del monto de S/. 285, 819. 00 a favor del CONTRATISTA correspondientes a la factura electrónica E001-45.*
 - c. **Tercera cuestión controvertida:** *Determinar si corresponde que la ENTIDAD realice el pago de los intereses que se han generado del monto impago de la factura electrónica E001-45.*

- d. **Cuarta cuestión controvertida:** *Determinar si corresponde que alguna de las partes asuma la totalidad de los gastos arbitrales, o en su defecto, determinar cómo serán asumidos los mismos.*

CONSIDERANDO:

VI. CUESTIONES PREVIAS

6.1. Antes de analizar la materia controvertida, corresponde confirmar que:

- i) El Tribunal Arbitral se constituyó de acuerdo al convenio arbitral celebrado por las partes;
- ii) En momento alguno se impugnó o reclamó contra las disposiciones de procedimiento dispuestas en el Acta de Instalación;
- iii) El Contratista presentó su demanda dentro del plazo dispuesto;
- iv) La Entidad fue debidamente emplazada con la demanda, cumpliendo con contestarla y deduciendo la excepción de caducidad, la misma que fue desestimada mediante laudo parcial;
- v) Las partes tuvieron plena oportunidad para ofrecer y actuar todos sus medios probatorios. Asimismo, las partes presentaron sus alegatos por escrito.
- vi) Las partes tuvieron oportunidad de informar oralmente al Tribunal Arbitral en la audiencia convocada con tal fin.
- vii) El análisis del presente caso y las conclusiones a las que arribe el Tribunal Arbitral Unipersonal, serán efectuadas de conformidad con la documentación aportada por las partes, así como de la información que de modo indubitable se desprende de los actuados que obran en el expediente del caso, habiéndose tenido en cuenta en su integridad, aún en caso de no ser expresamente mencionada en el análisis;
- viii) Los hechos a los que se refiere el análisis del caso son los establecidos en los antecedentes, en concordancia con la información que obra en el expediente del proceso, así como los que se mencionan en los demás acápite del presente Laudo Arbitral;

- ix) El Tribunal Arbitral, conforme lo establecido en el Artículo 139° numeral 1 de la Constitución Política del Perú, ejerce función jurisdiccional y, por lo tanto, no se encuentra subordinado a ningún órgano administrativo o de cualquier otra índole, ejerciendo sus funciones con absoluta independencia, en el marco de las competencias que son propias a su naturaleza;
 - x) En el análisis de las pretensiones, el Tribunal Arbitral se ha reservado el derecho de seguir el orden que estima más conveniente para la solución de las controversias contenidas en los puntos controvertidos del presente caso arbitral;
 - xi) El Tribunal Arbitral está procediendo a emitir el laudo dentro del plazo que corresponde a las reglas de este proceso.
- 6.2. Asimismo, este Tribunal Arbitral deja expresa constancia que, para resolver los puntos controvertidos, está facultado para modificar el orden de ellos, unirlos o tratarlos por separado, de acuerdo con la finalidad que es la de fijar la verdad material y declararla conforme a los hechos producidos. Finalmente, el Tribunal Arbitral declara haber revisado todos y cada uno de los medios probatorios presentados por las partes, analizándolos y adjudicándoles el mérito que les corresponde, aun cuando en el Laudo no se haga mención expresa a alguno o algunos de ellos o al valor probatorio asignado.

VII. NORMATIVA APLICABLE

- 7.1. De acuerdo a la fecha de convocatoria del procedimiento de selección del cual deriva el contrato materia del presente caso arbitral (efectuado en diciembre de 2017), la norma aplicable al presente caso es el texto de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobada mediante Ley N°30225 y modificado por el Decreto Legislativo N°1341 (en adelante la Ley), así como su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N°350-2015-EF y modificado por el Decreto Supremo N° 056-2017-EF (en adelante, el Reglamento).
- 7.2. Estas disposiciones son aplicables para todos los contratos que han tenido como origen procedimientos de selección convocados entre el 03 de abril de 2017 y el 30 de enero de 2019.

VIII. SOBRE LOS TEMAS EN CONTROVERSIA

- 8.1. Son cuatro los puntos controvertidos que son materia del presente caso arbitral, que corresponden a igual número de pretensiones planteadas por la parte demandante. Para efectos

metodológicos, podemos dividirlos en dos grupos, que corresponden, por un lado, a los tres primeros puntos controvertidos y, por el otro, al cuarto y último de los mismos.

- 8.2. En efecto, en el primer grupo, tenemos la controversia relativa a la pertinencia o no de la penalidad aplicada por la Entidad, por una suma total de S/. 285, 819. 00 y a sus efectos, tema al que corresponden los tres primeros puntos controvertidos a resolver:

“Primera cuestión controvertida: Determinar si corresponde dejar sin efecto la penalidad interpuesta por el monto de S/. 285, 819. 00

Segunda cuestión controvertida: Determinar si corresponde que se orden el pago del monto de S/. 285, 819. 00 a favor del CONTRATISTA correspondientes a la factura electrónica E001-45.

Tercera cuestión controvertida: Determinar si corresponde que la ENTIDAD realice el pago de los intereses que se han generado del monto impago de la factura electrónica E001-45.”

- 8.3. En el segundo grupo tenemos la determinación de la pertinencia o no de efectuar condena sobre los gastos arbitrales (costos y costas procesales o si, por el contrario, corresponde otra forma de asignación sobre los mismos.
- 8.4. En los siguientes apartados, se analizará cada tema de modo independiente.

IX. SOBRE LA PERTINENCIA O NO DE LA PENALIDAD APLICADA AL CONTRATISTA POR LA ENTIDAD (Y SUS EVENTUALES EFECTOS)

9.1. Posición del Contratista

- a) Con fecha 19 de marzo de 2018, las partes suscribieron el Contrato N°027-2018/ORA, suscrito para la realización del “Servicio especializado para la instalación de áreas deportivas para la obra: Mejoramiento y ampliación de los servicios deportivos del Estadio IPD del distrito, provincia y departamento de Huancavelica”, derivado del Concurso Público N°005-2017/GOB.REG.HVCA/CS Primera Convocatoria.
- b) El contrato no estaba referido a la ejecución de una obra, sino a la prestación de un servicio, que consistía en las siguientes actividades:

- Sistema de drenaje para campo de fútbol.
- Campo deportivo con grass sintético artificial.
- Pista atlética sintética

- c) La ejecución del estadio propiamente dicho, estaba a cargo de un tercero, siendo que las demoras en dicha obra habrían afectado el inicio del servicio contratado con el actual demandante.
- d) De este modo, el 09 de agosto de 2018 el Contratista solicita un nuevo plazo para el inicio de los trabajos, siendo que según el Informe 294-2018/GOB.REG.HVCA/GRI/SGO/RO-jrvd, el arquitecto residente de la obra estableció como fecha de inicio del contrato el día 20 de agosto de 2018.

Tal decisión habría sido comunicada y hecho suya por la Entidad al Contratista mediante su Carta N°285-2018/GOB.REG.HVCA/GGR-ORA, en la que se confirmó el 20 de agosto como fecha de inicio de los trabajos. En dicha fecha, la Entidad procedió a efectuar la entrega del terreno a Green & Black.

- e) En ejecución del contrato, sostiene el Contratista que efectuó una primera valorización por los trabajos efectuados a septiembre de 2018, por un total del 30.69% de avance total del Contrato. Para tales efectos, con fecha 18 de octubre de 2018 presenta la Factura E001-45, por un total de S/877,213.26.
- f) Sin embargo, al efectuársele el pago de la mencionada factura, advirtieron que la Entidad había retenido de dicho monto, la suma de S/. 285, 819. 00. Solicitadas las explicaciones del caso, mediante Carta N°490-2018/GOB.REG.HVCA/GGR-ORA, se le informó que dicha retención era por concepto de penalidad por mora, por el retraso incurrido desde la fecha de inicio del plazo del contrato.
- g) Para tales efectos, sostiene que dicha penalidad no resulta pertinente por cuanto el retraso por el cual se le imputa penalidad, no se trata de un retraso injustificado, no configurándose unos de los elementos por los cuales se le imputa tal consecuencia. Señala, en ese sentido, que su pretensión no está referido a una ampliación de plazo, sino a la justificación en el mayor tiempo transcurrido desde la suscripción del contrato por causa no imputable a su parte.

9.2. Posición de la Entidad

- a) Por su parte, la Entidad confirma la suscripción del Contrato N°027-2018/ORA, suscrito el 19 de marzo de 2018, para la realización del *"Servicio especializado para la instalación de áreas deportivas para la obra: Mejoramiento y ampliación de los servicios deportivos del Estadio IPD del distrito, provincia y departamento de Huancavelica"*, por un monto de S/2'858,190 (Dos millones ochocientos cincuenta y ocho mil ciento noventa soles).
- b) Mediante Carta 285-2018/GOB.REG.HVCA/GGR-ORA del 17 de agosto de 2018, se indica al Contratista que el servicio se iniciará el 20 de agosto de los mismos. Los trabajos efectivos dieron inicio el 22 del mismo mes y año.
- c) Mediante Carta N°008-2018-Green and Black del 3 de octubre de 2018, el Contratista solicita ampliación de plazo por un total de 100 días calendario, por la demora en el inicio del Contrato.
- d) Dicha ampliación de plazo fue denegada por la Entidad por cuanto su presentación fue considerada como extemporánea. Esto es, porque el Contratista – según se sostiene – tenía siete (7) días para formular su solicitud de ampliación de plazo una vez culminada la causal.

Siendo que el inicio de los trabajos se dio el 22 de agosto de 2018, el Contratista debió presentar su solicitud de ampliación de plazo el día 29 del mismo mes y año, sin embargo, no lo hizo sino hasta el 3 de octubre de 2018.

- e) De este modo, mediante Carta N°444-2018//GOB.REG.HVCA/GGR-ORA, la Entidad procedió a denegar dicha ampliación de plazo. Como consecuencia de tal denegatoria, considera que se ha configurado de modo objetivo un atraso imputable al Contratista y, por ende, corresponde se le aplique la máxima penalidad por mora devengada por el período transcurrido entre la suscripción del Contrato y el inicio de las labores que le fueron encomendadas a su contraparte.
- f) Señala que, adicionalmente el Contratista solicitó conciliación, en la misma que no hubo acuerdo ratificando la Entidad su posición de acuerdo a lo establecido en el Informe N°091-2019//GOB.REG.HVCA/GGR-ORA, conforme al cual se concluyó que, al haberse desestimado la ampliación de plazo solicitada,

correspondía aplicar la mencionada máxima penalidad por mora, por la suma de S/. 285, 819. 00.

- g) Al concluirse que la penalidad por mora imputada, fue efectuada conforme a Ley, sostiene la Entidad que no existe monto alguno que adeude a su contraparte, ni mucho menos interés que se devengue, debiendo igualmente devengarse ambos extremos de la demanda arbitral del Contratista.

9.3. Posición del Árbitro

- a) Los contratos administrativos establecen la posibilidad de establecer medidas económicas gravosas a los Contratistas, que desincentiven la comisión de determinados incumplimientos, considerados como no deseables por la parte estatal, los que vienen a constituir el régimen de penalidades.
- b) Ahora bien las penalidades son de dos tipos: i) Las penalidades por mora y; ii) Las otras penalidades. Estas últimas vienen a ser un conjunto de conductas eventualmente disímiles que, por el mismo motivo deben ser debidamente identificadas y, como consecuencia de ello - tipificadas, estableciéndose igualmente el procedimiento de imputación de cargos, derecho defensa y decisión final de la propia administración.

Como queda claro, tales otras penalidades se encuentran definidas por negación, es decir comprenden todas aquellas conductas contractualmente infractorias, que no puedan enmarcarse dentro de la categoría de penalidades por mora.

- c) En efecto, la penalidad por mora – a diferencia de las otras penalidades – si cuenta con una definición clara y directa, estando referida a los atrasos o “demora” en los que pudiese incurrir un contratista en el cumplimiento de sus obligaciones contractuales.

Resulta claro que, para la Entidad el atraso del Contratista en el cumplimiento de las obligaciones que le fueron contratadas, resulta una conducta no deseada, cuya ocurrencia trae consigo la aplicación de una consecuencia gravosa o penalidad económica.

- d) Sin embargo, no se trata de cualquier atraso, sino que este debe cumplir con una segunda exigencia: Que sea injustificado. Bajo la legislación nacional aplicable al presente caso, tenemos al artículo 133° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, el cual señala en su primer párrafo, lo siguiente:

“Artículo 133.- Penalidad por mora en la ejecución de la prestación

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.

(...)”

(El subrayado es nuestro)

- e) Si bien disposición hace referencia a una aplicación directa y automática, no es menos cierto que para llegar a dicho punto (el de aplicación de la penalidad), debe cumplirse previamente con los dos requisitos mencionados. Debe existir un atraso y, además, dicho atraso debe ser injustificado.

De tal punto se puede colegir que, no corresponderá la aplicación de penalidad cuando dicho retraso desaparezca (por ejemplo cuando se conceda una ampliación de plazo) o cuando manteniéndose el atraso, este devenga en justificado.

- f) Así, si bien el atraso puede medirse de modo objetivo (existe o no existe respecto del plazo pactado en el Contrato), su carácter justificado o injustificado requiere de una evaluación subjetiva, a determinar en cada caso. Como se puede apreciar del último párrafo del citado artículo 133º, el Legislador traslada la carga de la prueba (sobre la existencia de justificación) al Contratista:

“Artículo 133.- Penalidad por mora en la ejecución de la prestación

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:

$$\begin{array}{lcl} \text{Penalidad} & & \\ \text{diaria} & = & \frac{0.10 \times \text{monto}}{F \times \text{plazo en días}} \end{array}$$

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: $F = 0.15$.

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

Para efectos del cálculo de la penalidad diaria se considera el monto del contrato vigente.

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.

Se considera justificado el retraso, cuando el contratista acredite, de modo objetivamente sustentado, que el mayor tiempo transcurrido no le resulta imputable. Esta calificación del retraso como justificado no da lugar al pago de gastos generales de ningún tipo."

(El subrayado es nuestro)

- g) Llegados a este punto, es necesario diferenciar dos figuras que, si bien tienen algunos aspectos en común, son distintas. Nos referimos al instituto de la "Ampliación de Plazo" versus la "Calificación del atraso como justificado".
- h) En el primer caso, el de la ampliación de plazo, estamos ante una de los principales mecanismos que regula nuestro ordenamiento legal para la modificación del Contrato, junto con los adicionales. Así, mientras en estos últimos (los adicionales) se modifica principalmente el monto del Contrato, mediante la ampliación de plazo se modifica principalmente la extensión temporal del mismo, el que pasa de un plazo inicial X a un plazo modificado $X + Y$.
- i) Sin embargo, tal como expresamente lo ha reconocido el Contratista, el presente caso no trata de una ampliación de plazo. No está duda que en el Contratista solicitó una ampliación de plazo por cien días calendario y que esta fue desestimada por la Entidad por razones de forma (su presentación extemporánea).

En el presente caso, el Contratista no ha arbitrado dicha denegatoria de ampliación de plazo, ni pretende que se le otorgue

una extensión en la duración del mismo, sino únicamente solicita que el atraso – cuya existencia reconoce y acepta, sea declarado como justificado, con las consecuencias que ello amerita.

- j) En efecto, lo dicho en el literal anterior, nos lleva al análisis de la siguiente figura, la calificación del atraso como justificado.

En estos casos no se pretende una modificación del plazo o duración contractual, pues se parte de la premisa de la existencia – real cierta y medible, del atraso producido; sino que únicamente se plantea que tal atraso cuya ocurrencia no se niega, sea declarado como justificado.

- k) Al considerarse el atraso como justificado, no se cumple una de las consecuencias establecidas en el Reglamento de la Ley de Contrataciones para la aplicación de la penalidad por mora, la cual específicamente establece en el primer párrafo del artículo 133° lo siguiente (como ya habíamos mencionado previamente):

*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.
(...)”*

- l) De este modo, el Contratista reconoce la existencia de un atraso, lo que se corrobora con la posición de la Entidad, que en sus descargos alude de modo sostenido a la denegatoria de la ampliación de plazo. Sin embargo, considera que no se cumple con el segundo requisito; es decir, que tal retraso que no se niega, sea además injustificado.
- m) Cabe aclarar que la figura de la calificación de atraso es largamente menos auspiciosa para quien la solicita, si la comparamos con la ampliación de plazo. En esta última, conferida la extensión del plazo contractual, el Contratista se hace acreedor al derecho que se le reconozcan los mayores gastos generales y costos directos debidamente acreditados¹.

Por el contrario, en el caso de la simple calificación de atraso como justificado, lo único que obtiene como resultado quien lo solicita, es evitar la aplicación de la mora por los días efectivamente justificados.

¹ El último párrafo del artículo 133° concluye de la siguiente manera: “Esta calificación del retraso como justificado no da lugar al pago de gastos generales de ningún tipo”

- n) Cabe precisar que las mencionadas disposiciones sobre la penalidad por mora previstas en el citado artículo 133° se reproducen en la Cláusula Décimo Tercera del Contrato suscrito entre ambas partes, en el cual se repite la conjunción de los requisitos de atraso – pero además injustificado, así como la propia posibilidad del Contratista de acreditar de modo objetivo, al retraso como justificado.
- o) Volviendo a nuestro tema, la pregunta que debe resolverse es la siguiente: ¿Acredita el actual demandante que el atraso que se produjo en el presente caso es justificado?
- p) Recordemos que el objeto del Contrato suscrito entre las partes, era el de la prestación de un servicio, relativo a la instalación de diversos elementos deportivos, extensamente detallados en su Cláusula Segunda, vinculados al sistema de drenaje para campo de fútbol, campo deportivo con grass sintético y pista atlética sintética, de un estadio que se encontraba en construcción.

Pese a tratarse de un servicio, su ejecución requería la intervención del Contratista sobre un terreno específico, sobre el cual debía realizar su labor.

- q) De los documentos que obran en el expediente, consta la Carta N°0030-2018 del Contratista, donde reiterando una comunicación anterior, solicita la entrega del terreno para proceder a la ejecución del servicio. Una evidente conclusión es que, hasta dicho momento no se le había entregado el terreno donde ejecutar el servicio al Contratista, lo que habría hecho imposible el inicio del servicio y, por ende, podría constituir una justificante de la dilación entre la fecha de firma de contrato y el inicio de las labores contratadas.

Queda claro que sin disponibilidad del terreno, no hay servicio que pueda ser ejecutado sobre el mismo.

- r) Sin embargo, lo anterior podría tratarse el simple dicho del Contratista, por lo que resulta necesario revisar los demás documentos, correspondientes a la propia Entidad.
- s) Al respecto, tanto en el Informe 294-2018/GOB.REG.HVCA 8/GRI/SGO/RO-jrvd del residente de la obra, como en la Carta N°285-2018/GOB.REG.HVCA/GGR-ORA de la Entidad, se establece como pendiente la entrega del terreno y se señala como fecha de entrega el 20 de agosto de 2018.

t) Documento clave en este tema, es el Acta de Entrega del terreno, suscrito por el Gerente Regional de infraestructura y el Sub Gerente de Obras de la Entidad, así como por el Supervisor de la obra y el propio contratista actualmente demandante, en la cual expresamente se consignó lo siguiente (resaltados y subrayados son originales del texto):

- *Se procedió a la entrega del terreno ubicado dentro de la obra **"MEJORAMIENTO Y AMPLIACIÓN DE LOS SERVICIOS DEPORTIVOS DEL ESTADIO IPD HUANCAMELICA – DISTRITO – PROVINCIAL Y DEPARTAMENTO DE HUANCAMELICA"**(...)"*
- *Se verificó que el terreno es compatible con los alcances técnicos del proyecto y el Expediente Técnico Aprobado, **SIENDO ESTA FECHA 20 DE AGOSTO DE 2018 EL INICIO DEL PLAZO DE OBRA DE ACUERDO AL CONTRATO N°027-2018/ORA.***

u) Nótese que es en dicha acta, suscrita por los representantes de la Entidad, el Contratista e incluso la Supervisión, donde se deja expresa constancia – no sólo de la entrega del terreno, sino del propio inicio de la fecha del plazo del Contrato.

Dicho de otro modo, por declaración expresa de la propia Entidad, el plazo del Contrato no se había iniciado luego de su firma, ni en el período comprendido entre dicho lapso y el 19 de agosto de 2018, sino recién a partir del tantas veces mencionado 20 de agosto de 2018.

v) Es decir, no sólo el retraso es justificado, sino que expresamente hay una declaración de las partes, que establece el inicio del plazo el 20 de agosto de 2018, por lo cual incluso no existiría atraso alguno, mucho menos uno penalizar.

No sólo queda claro que sin terreno no había servicio que ejecutar, como tampoco plazo que imputar al Contratista, sino que además de la propia acta de entrega del terreno se establece que el inicio de los cien (100) días del plazo contractual, sólo se computarían a partir del 20 de agosto de 2018.

w) De este modo, ha quedado acreditado que no existe atraso alguno imputable al Contratista, motivo por el cual no existe sustento para la aplicación de la penalidad que se le ha imputado y cobrado, ascendente a la suma de S/. 285, 819. 00.

Con ello queda claro, que no se le debió descontar de la factura E 0001-45 en un monto total de S/285,819.00. Al no haber correspondido el descuento efectuado, la Entidad debe proceder a la restitución de los montos retenidos con el respectivo reconocimiento de intereses legales contados desde la fecha en que debió producirse el pago.

9.4. Sobre los aspectos a resolver

- a) Llegados a este punto, conforme a las consideraciones ya expuestas, los dos primeros puntos controvertidos deben ser resueltos de la siguiente manera:

*“Declarar **FUNDADA** la primera cuestión controvertida y, por su efecto, dejar sin efecto la penalidad interpuesta por el monto de S/. 285, 819. 00.”*

*“Declarar **FUNDADA** la segunda cuestión controvertida y, por su efecto, se ordena el pago del monto de S/. 285, 819. 00 por parte de la Entidad a favor del CONTRATISTA, correspondientes a la factura electrónica E001-45.*

- b) En cuanto a la tercera cuestión controvertida, esta corresponde a determinar si corresponde el pago de intereses legales generales por el monto impago de la Factura E001-45, ascendente a la suma de S/. 285, 819. 00.
- c) Sobre el tema, el artículo 149° del Reglamento, en su párrafo 149.1 establece lo siguiente:

“Artículo 149.- Del pago

149.1. La Entidad debe pagar 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.

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.”

- d) Al respecto, conforme se acredita de la carta s/n de fecha 6 de noviembre de 2018 del Contratista, el pago recortado que amerita el presente caso arbitral fue efectuado el 25 de octubre de 2018. En consecuencia, es desde esa fecha que deben computarse los

intereses legales a favor del Contratista, hasta la fecha efectiva de su restitución.

- e) En consecuencia, la tercera cuestión resolutive, debe ser resuelta del siguiente modo:

“Declarar FUNDADA la tercera cuestión controvertida y, por su efecto, determinar que corresponde que la ENTIDAD realice el pago de los intereses que se han generado del monto impago de la factura electrónica E001-45, computados desde el 25 de octubre de 2018.”

X. COSTOS Y COSTAS PROCESALES

- a) En el Convenio Arbitral celebrado entre las partes, no existe pacto acerca de las costas y costos del arbitraje.
- b) Por su parte, el artículo 73 de la Ley de Arbitraje, establece que 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”.
- c) Atendiendo a la debida conducta procesal de las partes, así como a la transparencia y buena fe con la cual cada una sostuvo sus respectivas posiciones, el Árbitro Único considera que, en estricto, pese al sentido resolutive de la decisión, no existe una parte vencida – debiendo cada parte atender a sus propios costos incurridos en la defensa de sus respectivas posiciones y en partes iguales, las que corresponden a la Secretaría Arbitral y Árbitro Único.
- d) Dado que durante el proceso arbitral, la parte demandante ha asumido el íntegro de los honorarios del Árbitro Único y la Secretaría Arbitral, la Entidad deberá reconocer al Contratista el 50% de tales montos, es decir, S/3,250 (Tres mil doscientos cincuenta soles) netos por concepto de honorarios arbitrales y S/3,000 (Tres mil soles) más IGV por concepto de gastos administrativos del Centro.

XI. PARTE RESOLUTIVA

El Árbitro Único deja constancia que ha analizado todos los argumentos de defensa expuestos por las partes y examinado las

pruebas presentadas por éstas de acuerdo a 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 y que el sentido de su decisión es el resultado de ese análisis y de su convicción sobre la controversia, al margen que algunas de las pruebas presentadas o actuadas y algunos de los argumentos esgrimidos por las partes no hayan sido expresamente citados en el presente laudo.

Por las razones expuestas, estando a los considerandos glosados, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 49° y 50° de la LEY DE ARBITRAJE, y estando a lo prescrito por las normas legales invocadas, este Árbitro, en DERECHO,

RESUELVE:

PRIMERO: Declarar **FUNDADA** la primera cuestión controvertida y, por su efecto, dejar sin efecto la penalidad interpuesta por el monto de S/. 285, 819. 00."

SEGUNDO: Declarar **FUNDADA** la segunda cuestión controvertida y, por su efecto, se ordena el pago del monto de S/. 285, 819. 00 por parte de la Entidad a favor del CONTRATISTA, correspondientes a la factura electrónica E001-45.

TERCERO: Declarar **FUNDADA** la tercera cuestión controvertida y, por su efecto, determinar que corresponde que la ENTIDAD realice el pago de los intereses que se han generado del monto impago de la factura electrónica E001-45, computados desde el 25 de octubre de 2018."

CUARTO: DISPONER que cada parte asuma un cincuenta por ciento (50%) de los honorarios del Tribunal Arbitral y del Centro de Arbitraje. Fuera de estos conceptos, cada parte asumirá los gastos o costos que sufrió; esto es, cada parte asumirá los gastos, costos y costas que incurrió y debió incurrir como consecuencia del presente proceso, como son los honorarios de sus abogados, entre otros.

En consecuencia, el Gobierno Regional de Huancavelica deberá reintegrar al Contratista los siguientes montos: (i) S/3,250 (Tres mil doscientos cincuenta soles) netos por concepto de honorarios arbitrales y ii) S/3,000 (Tres mil soles) más IGV por concepto de gastos administrativos del Centro de Arbitraje.



QUINTO: _REGÍSTRESE el presente laudo arbitral en el SEACE conforme a lo dispuesto en el Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

Notifíquese a las partes.

Marco Antonio Martínez Zamora
Árbitro Único