

LAUDO DE DERECHO

Laudo de Derecho que, en la controversia surgida entre el Consorcio Chihuampata con la Municipalidad Provincial de Andahuaylas, dicta el Árbitro Único, doctor Dennis Italo Roldan Rodríguez.

Número de Expediente de Instalación: I 70-2019

Demandante: Consorcio Chihuampata (*integrado por EBERT VARA LICONA y CARLOS ARTURO VIVES ARANA*)

Demandado: Municipalidad Provincial de Andahuaylas

Contrato (N° y objeto): Contrato Gerencial N° 96-2016-GG-MPA Contratación de consultoría de supervisión de obra del proyecto: "Mejoramiento y ampliación de los sistemas de agua potable y alcantarillado de las localidades de Andahuaylas y Talavera de provincia de Andahuaylas y región Apurímac".

Monto total del Contrato: S/1'196,112.15

Cuantía de la Controversia: S/100,000.00

Tipo y Número de Proceso de Selección: Concurso Público N° 001-2015-MPA – Primera Convocatoria.

Árbitro Único: Dennis Italo Roldán Rodríguez

Secretaría Arbitral: Abog. Mónica Melissa López Casimiro

Monto de los honorarios del Tribunal Arbitral o Árbitro Único: S/14,156.50

Monto de los honorarios de la Secretaría Arbitral: S/7,072.40

Fecha de emisión del laudo: 13 de abril de 2022

N° de Folios: 47

Pretensiones (controversias relacionadas a las siguientes materias):

- ☐ Nulidad, invalidez, inexistencia y/o ineficacia del contrato.
- ☒ Resolución del contrato.
- ☐ Ampliación del plazo contractual.
- ☐ Defectos o vicios ocultos.
- ☐ Formulación, aprobación o valorización de metrados.
- ☐ Recepción y conformidad.
- ☐ Liquidación y pago.
- ☐ Mayores gastos generales.
- ☒ Indemnización por daños y perjuicios.
- ☐ Enriquecimiento sin causa.
- ☐ Adicionales y reducciones.
- ☐ Adelantos.
- ☒ Penalidades.
- ☐ Ejecución de garantías.
- ☐ Devolución de garantías.
- ☐ Otros (especificar).....

LAUDO DE DERECHO

Laudo de Derecho que en la controversia surgida entre el Consorcio Chihuampata con la Municipalidad Provincial de Andahuaylas, dicta el Árbitro Único doctor Dennis Ítalo Roldán Rodríguez.

EXPEDIENTE:

N° I 70-2019

ÁRBITRO ÚNICO:

DR. DENNIS ÍTALO ROLDÁN RODRÍGUEZ

EL DEMANDANTE:

CONSORCIO CHIHUAMPATA en lo sucesivo, el Contratista o el Demandante.

EL DEMANDADO:

MUNICIPALIDAD PROVINCIAL DE ANDAHUAYLAS, en lo sucesivo, la Entidad o la Demandada.

TIPO DE ARBITRAJE:

AD HOC

SECRETARIA ARBITRAL:

Abogada Mónica Melissa López Casimiro

SEDE ARBITRAL:

Jr. Huáscar N° 1539, oficina 303, distrito de Jesús María, provincia y departamento de Lima.

_____.

Resolución N° 31

En Lima, a los trece días del mes de abril del año 2022, realizadas las actuaciones arbitrales de conformidad con la ley y las normas establecidas por las partes, escuchados los argumentos del Demandante y del Demandado, el Árbitro Único dicta el presente Laudo de Derecho.

I. ANTECEDENTES

1.1. El 23 de febrero de 2016, el **CONSORCIO CHIHUAMPATA** (en adelante **EL CONSORCIO** o **EL DEMANDANTE**) y la **MUNICIPALIDAD PROVINCIAL DE ANDAHUAYLAS** (en adelante **LA MUNICIPALIDAD** o **LA ENTIDAD**) suscribieron el CONTRATO GERENCIAL N° 097-2016-GG-MPA para la contratación de consultoría de supervisión de obra del proyecto: *“MEJORAMIENTO Y AMPLIACIÓN DE LOS SISTEMAS DE AGUA POTABLE Y ALCANTARILLADO DE LAS LOCALIDADES DE ANDAHUAYLAS Y TALAVERA DE PROVINCIA DE ANDAHUAYLAS Y REGIÓN APURÍMAC”* (CÓDIGO SNIP N° 130269), derivado del Concurso Público N° 001-2015-MPA - Primera Convocatoria (en adelante **EL CONTRATO**).

1.2. En la Cláusula Décimo Novena de EL CONTRATO, las partes pactaron el Convenio Arbitral para la solución de controversias con el siguiente tenor:

“Cualquiera de las partes tiene el derecho a iniciar el arbitraje administrativo a fin de resolver las controversias que se presenten durante la etapa de ejecución contractual dentro del plazo de caducidad previsto en los artículos 144, 170, 175, 176, 177, 179 y 181 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado o, en su defecto, en el artículo 52 de la Ley de Contrataciones del Estado.

Facultativamente, cualquiera de las partes podrá someter a conciliación la referida controversia, sin perjuicio de recurrir al arbitraje en caso no se llegue a un acuerdo entre ambas, según lo señalado en el artículo 214 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

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

1.3. El 15 de abril de 2019, en la sede institucional del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado – OSCE, el Árbitro Único doctor Dennis Italo Roldán Rodríguez, el representante del Consorcio Chihuampata y el profesional de la Sub Dirección de Asuntos Administrativos Arbitrales del OSCE, participaron en la Audiencia de Instalación del Árbitro Único (Expediente I070-2019), dejando constancia de la inasistencia de la Procuraduría Pública de la Municipalidad Provincial de Andahuaylas; en dicha audiencia, el Árbitro Único declaró que ha sido debidamente designado de acuerdo a ley y al convenio arbitral celebrado entre las partes, se ratificó en su aceptación y señaló que no tiene ninguna incompatibilidad ni compromiso alguno con las partes, obligándose a desempeñarse con imparcialidad y probidad la labor encomendada; y expresando la parte asistente su conformidad con la designación realizada, manifestando que al momento de la realización de dicha audiencia no tienen conocimiento de alguna causa que pudiera motivar una recusación.

- 1.4. En esta Audiencia, a la que en lo sucesivo nos referiremos como el “Acta de Instalación”, se establecieron las normas aplicables al presente arbitraje, señalándose que de acuerdo al numeral 3 del artículo 52 de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobada mediante Decreto Legislativo N° 1017 y modificada por Ley N° 29873, deben mantener obligatoriamente el siguiente orden de prelación en la aplicación del derecho: 1) La Constitución Política del Perú, 2) La Ley de Contrataciones del Estado aprobada por Decreto Legislativo N° 1017 y modificada por Ley N° 29873 (en adelante **LA LEY**), 3) el Reglamento de la Ley, aprobado mediante Decreto Supremo N° 138-2012-EF (en adelante **EL REGLAMENTO**), 4) las normas de Derecho Público, y 5) las de Derecho Privado. Asimismo, se señaló que resulta aplicable el Decreto Legislativo N° 1071, que norma el arbitraje (en adelante **LEY DE ARBITRAJE**), precisándose que se realizará de manera supletoria y siempre que no se oponga a lo establecido en la Ley el Reglamento.

II. LO ACTUADO EN EL PROCESO ARBITRAL

- 2.1. El 03 de mayo de 2019, el Consorcio Chihuampata solicitó se le conceda una ampliación de plazo de cinco (5) días hábiles para presentar la demanda arbitral, y que de igual manera se le otorgue el mismo plazo a la Entidad para que presente su escrito de contestación de demanda. Dicho escrito fue proveído mediante Resolución N° 1 de fecha 06 de mayo de 2019, mediante el cual el Árbitro Único resolvió otorgar por única vez al Consorcio demandante el plazo ampliatorio de cinco (05) días hábiles, contados a partir de finalizado el plazo señalado en el numeral 25 del Acta de Instalación, para que presente su demanda arbitral, bajo apercibimiento de que, en caso de incumplimiento se tenga por no presentada la demanda; asimismo, se dejó constancia que, en su oportunidad, se concederá a la Municipalidad Provincial de Andahuaylas y a la Procuraduría Pública que ejerce su defensa el mismo plazo que se le viene otorgando al Consorcio Chihuampata, a efectos de que conteste la demanda y, de considerarlo conveniente formule reconvencción.
- 2.2. El 06 de mayo de 2019, el Consorcio Chihuampata presentó su demanda arbitral contra la Municipalidad Provincial de Andahuaylas, ofreciendo los medios probatorios que sustentan sus pretensiones, la misma que fue proveída mediante Resolución N° 2 de fecha 08 de mayo de 2019, a través de la cual el Árbitro Único resolvió admitir a trámite la demanda interpuesta por el Consorcio Chihuampata, teniendo por ofrecidos sus medios probatorios, y dispuso correr traslado de la misma a la Entidad a fin de que conteste en el plazo de quince (15) días hábiles y de considerarlo conveniente, formule en ese mismo acto reconvencción, debiendo ofrecer los medios probatorios que sustenten su posición. Asimismo, en dicha resolución, el Árbitro Único otorgó al consorcio el plazo de tres (03) días hábiles para que precise el RUC que se consignará en los recibos por honorarios que emitirá el Árbitro Único y la Secretaría Arbitral.
- 2.3. El 22 de mayo de 2019, el Consorcio Chihuampata cumplió con indicar el número de RUC al cual se girarán los comprobantes de pago. Dicho escrito fue proveído mediante Resolución N° 3 de fecha 22 de mayo del 2019, a través de la cual, el Árbitro Único tuvo presente el escrito presentado por el consorcio, dispuso que dentro del plazo de tres (03) días hábiles, el Consorcio Chihuampata confirme su dirección de correo electrónico y señale un correo electrónico alternativo, así como un número telefónico a efecto de verificar el envío de las notificaciones electrónicas. Igualmente, se dejó expedito el

derecho de la Entidad para que, de considerarlo pertinente, solicite que las notificaciones se realicen de manera electrónica. Por otra parte, requirió a las partes para que en el plazo de diez (10) días hábiles cumplan con realizar el pago de los honorarios del Árbitro Único y de la Secretaria Arbitral.

- 2.4. El 27 de mayo de 2019, el Consorcio Chihuampata cumplió con precisar el correo electrónico para efecto de la notificación electrónica, así como el correo electrónico alternativo y el número telefónico de su abogado defensor.
- 2.5. El 28 de mayo de 2019, la Procuraduría Pública de la Municipalidad Provincial de Andahuaylas solicitó se le conceda el plazo de cinco (05) días hábiles adicionales reservados en la Resolución N° 1, para presentar la contestación la demanda.
- 2.6. El 30 de abril de 2019, mediante Resolución N° 4, el Árbitro Único tuvo presente los escritos de fecha 27 de mayo de 2019, presentado por el Consorcio Chihuampata, y el escrito de fecha 28 de mayo de 2019, presentado por la Entidad. Asimismo, el Árbitro Único autorizó que todas las notificaciones que se emitan en el proceso arbitral sean de manera electrónica al Consorcio Chihuampata a través del correo electrónico de la Secretaria Arbitral. Asimismo, se declaró no ha lugar la solicitud de ampliación de plazo por cinco (05) días hábiles, presentada por la Entidad, ya que dicho plazo fue otorgado mediante la Resolución N° 2.
- 2.7. El 30 de mayo de 2019, el Consorcio Chihuampata remitió las constancias de depósitos bancarios efectuados en las cuentas del Árbitro Único y de la Secretaria Arbitral, solicitando se tenga por cumplido el requerimiento de pago de los honorarios arbitrales.
- 2.8. El 03 de junio de 2019, la Procuraduría Pública de la Municipalidad Provincial de Andahuaylas se apersonó al proceso arbitral, señalando su domicilio procesal; asimismo, contestó la demanda arbitral y expuso sus fundamentos. En el primer otrosí digo, formuló reconvencción, señalando sus pretensiones, los argumentos que respaldan las mismas y los medios probatorios que acreditan su posición. En el segundo otrosí digo, solicitó se tenga en cuenta el término de la distancia para efectos del cómputo del plazo de la contestación.
- 2.9. Dichos escritos fueron proveídos mediante Resolución N° 5 de fecha 07 de junio de 2019, a través de la cual el Árbitro Único tuvo presente los escritos presentados por las partes, otorgó al Consorcio Chihuampata el plazo de cinco (05) días hábiles, para que cumpla con acreditar el pago del impuesto a la renta de los recibos por honorarios del Árbitro Único y de la Secretaria Arbitral, requirió a la Entidad para que en un plazo de cinco (05) días hábiles, cumpla con efectuar el pago de los honorarios arbitrales, bajo apercibimiento de facultar al Consorcio Chihuampata para que asuma el pago de dichos honorarios en defecto de la Entidad, tuvo por apersonado al Procurador Público de la Entidad, tuvo presente su nuevo domicilio procesal, admitió a trámite la contestación de demanda y reconvencción por la Entidad, teniendo por ofrecidos sus medios probatorios, corrió traslado de dicha reconvencción al Consorcio Chihuampata, para que la conteste dentro del plazo de quince (15) días hábiles, considerando que dicho plazo fue otorgado tanto para la demanda como para la contestación de la misma.

- 2.10. El 24 de junio de 2019, mediante Resolución N° 6, el Árbitro Único reiteró nuevamente a la Entidad para que en el plazo de cinco (05) días hábiles cumpla con realizar el registro del Árbitro Único en el SEACE, bajo apercibimiento de comunicar al órgano de control interno de la Entidad y al Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE) para que realicen las acciones que estimen pertinente, requirió al consorcio para que en el plazo de cinco (05) días hábiles, cumpla con acreditar el pago del impuesto a la renta de los recibos por honorarios del Árbitro Único y de la Secretaria Arbitral, facultó al consorcio para que dentro del plazo de cinco (05) días hábiles, asuma el pago del anticipo de honorarios arbitrales que están a cargo de la Entidad, para lo cual se cumple con remitir los recibos por honorarios electrónicos del Árbitro Único y de la Secretaria Arbitral, y comunicó a la Entidad que se procederá a revertir los Recibos por Honorarios Electrónicos N° 001-169 y N° 001-49, ante la falta de pago de la Entidad del anticipo de honorarios arbitrales.
- 2.11. El 03 de julio de 2019, el Consorcio Chihuampata presentó la contestación a la reconvención de la Entidad.
- 2.12. El 11 de julio de 2019, la Procuraduría Pública de la Municipalidad Provincial de Andahuaylas cumplió con remitir la ficha electrónica de registro del Árbitro Único en el SEACE, en el primer otrosí digo de dicho escrito, remitió los comprobantes de pago de los honorarios arbitrales, en el segundo otrosí digo, fijó los correos electrónicos para el emplazamiento y en el tercer otrosí digo, solicitó se le expida copia de la Resolución N° 3 de fecha 22 de mayo de 2019.
- 2.13. Dichos escritos fueron proveídos mediante Resolución N° 7 de fecha 01 de agosto de 2019, mediante la cual el Árbitro Único tuvo por contestada la reconvención por parte del Consorcio Chihuampata, tuvo por acreditado el registro del Árbitro Único en el SEACE por parte de la Municipalidad Provincial de Andahuaylas, tuvo por acreditado el pago del anticipo de los honorarios arbitrales del Árbitro Único y de la Secretaria Arbitral en la parte que le corresponde a la Municipalidad Provincial de Andahuaylas, se autorizó que a partir de la fecha, todas las notificaciones que se emitan en el presente proceso sean notificadas de maneras electrónica a la Procuraduría Pública de la Municipalidad Provincial de Andahuaylas a través del correo electrónico de la Secretaria Arbitral, se autorizó la remisión a la Entidad de la copia de la de la Resolución N° 3 de fecha 22 de mayo de 2019, y se requirió al consorcio para que en el plazo de cinco (05) días hábiles cumpla con acreditar el pago del impuesto a la renta de los recibos por honorarios del Árbitro Único y de la Secretaria Arbitral, bajo apercibimiento de tener por no acreditados el pago del anticipo de los honorarios arbitrales en la parte que le corresponde al Consorcio Chihuampata.
- 2.14. El 11 de setiembre de 2019, mediante la Resolución N° 8, el Árbitro Único corrigió de oficio el considerando sexto de la Resolución N° 7, debiendo entenderse que es "Municipalidad Provincial de Andahuaylas" en lugar de Municipalidad Distrital de Morales, y tuvo presente el correo alterno correcto de la Municipalidad Provincial de Andahuaylas para los fines de emplazamiento, asimismo, se tuvo presente que si bien el Consorcio Chihuampata realizó el pago del monto neto de los honorarios arbitrales, se deja constancia que no ha cumplido con acreditar el pago del "impuesto a la renta" de los Recibos por Honorarios N° E001-168 perteneciente al Árbitro

Único y N° E001-48 perteneciente a la Secretaría Arbitral, lo cual se tendrá en cuenta para fines tributarios.

- 2.15. El 12 de setiembre de 2019, mediante Resolución N° 9, el Árbitro Único dispuso la realización de liquidaciones separadas, a fin de que cada parte asuma el costo de los gastos arbitrales en función a las pretensiones que han formulado en el proceso. Así pues, se establece que los honorarios de las pretensiones de la demanda deberán ser cubiertas íntegramente por el Contratista; en tanto que los honorarios por las pretensiones de la reconvencción de la Entidad deberán ser asumidas íntegramente por la misma, se fijó como anticipo de honorarios profesionales por las pretensiones de la demanda, la suma neta de S/.8,387.10 (Ocho mil trescientos ochenta y siete con 10/100 Soles) para el Árbitro Único y la suma neta de S/.4,382.90 (Cuatro mil trescientos ochenta y dos con 90/100 Soles) para la Secretaría Arbitral, siendo de cargo del Consorcio Chihuampata el pago correspondiente del Impuesto a la Renta; los cuales deberán ser pagados íntegramente por el Consorcio, en un plazo no mayor de diez (10) días hábiles a partir del día siguiente en que se remita los recibos correspondientes, al amparo de lo establecido en el primer párrafo del numeral 59 del Acta de Instalación. En caso de incumplimiento, será aplicable lo establecido en el segundo párrafo del numeral 59 del Acta de Instalación, y se dejó constancia que los anticipos de honorarios profesionales fijados en la presente resolución, han sido establecidos aplicándose la Directiva N° 021-2016-OSCE/CD "Tabla de Gastos Arbitrales Aplicables a los Arbitrajes Organizados y Administrados por el OSCE y los Arbitrajes Ad Hoc".
- 2.16. El 12 de setiembre de 2019, mediante Resolución N° 10, el Árbitro Único fijó como anticipo de honorarios profesionales por las pretensiones de la reconvencción, la suma neta de S/.10,120.40 (Diez mil ciento veinte con 40/100 Soles) para el Árbitro Único y la suma neta de S/.6,294.70 (Seis mil doscientos noventa y cuatro con 70/100 Soles) para la Secretaría Arbitral, siendo de cargo de la Procuraduría de la Municipalidad Provincial de Andahuaylas el pago correspondiente del Impuesto a la Renta; los cuales deberán ser pagados íntegramente por la Entidad, en un plazo no mayor de diez (10) días hábiles a partir del día siguiente en que se remita los recibos correspondientes, al amparo de lo establecido en el primer párrafo del numeral 59 del Acta de Instalación. En caso de incumplimiento, será aplicable lo establecido en el segundo párrafo del numeral 59 del Acta de Instalación, y se dejó constancia que los anticipos de honorarios profesionales fijados en la presente resolución, han sido establecidos aplicándose la Directiva N° 021-2016-OSCE/CD "Tabla de Gastos Arbitrales Aplicables a los Arbitrajes Organizados y Administrados por el OSCE y los Arbitrajes Ad Hoc".
- 2.17. El 18 de octubre de 2019, mediante Resolución N° 11, el Árbitro Único tuvo por acreditado el pago del impuesto a la renta y del anticipo de honorarios arbitrales por las pretensiones de la demanda establecidas en la Resolución N° 9, que están a cargo del Consorcio Chihuampata, y requirió a la Procuraduría de la Municipalidad Provincial de Andahuaylas para que dentro del plazo de cinco (05) días hábiles cumpla con acreditar el pago del anticipo de honorarios arbitrales establecidos en la Resolución N° 10, bajo apercibimiento de ordenar la suspensión del proceso arbitral respecto de las pretensiones de la Entidad, luego de lo cual, las mismas podrán ser archivadas conforme a la facultad discrecional que sobre el particular ostenta el Árbitro Único.

- 2.18. El 24 de octubre de 2019, la Procuraduría Pública de la Municipalidad Provincial de Andahuaylas señaló que debido a la austeridad del gasto presupuestario dispuesto mediante Resolución de Alcaldía N° 748-2019-MPA-AL del 11 de setiembre de 2019 y en aplicación del Principio de Economía Procesal, se desiste de la segunda y tercera pretensión reconvencional, indicando que se debe seguir el trámite arbitral con la pretensión reconvencional no económica y/o pretensión indeterminada contenida en la primera y cuarta pretensión reconvencional; asimismo, solicitó se anulen los recibos por honorarios del Árbitro Único y de la Secretaria Arbitral contenidos en el primer considerando de la Resolución N° 10 de fecha 12 de setiembre de 2019. Dicho escrito fue proveído mediante Resolución N° 12 de fecha 29 de octubre de 2019, mediante la cual el Árbitro Único dispuso tener presente dicho escrito y previo a emitir pronunciamiento, corrió traslado al Consorcio Chihuampata para que dentro del plazo de cinco (05) días hábiles manifieste lo que considere conveniente a su derecho.
- 2.19. El 06 de diciembre de 2019, mediante Resolución N° 13, el Árbitro Único tuvo por desistida a la Procuraduría Pública de la Municipalidad Provincial de Andahuaylas de su segunda y tercera pretensión reconvencional, dispuso la reversión de los Recibos por Honorarios Electrónicos N° E001-197 del Árbitro Único y E001-60 de la Secretaria Arbitral, emitidos en virtud de la Resolución N° 10, y dispuso efectuar una nueva reliquidación de honorarios por las pretensiones subsistentes de la Procuraduría Pública de la Municipalidad Provincial de Andahuaylas, debiendo emitirse nuevos recibos por honorarios.
- 2.20. El 06 de diciembre de 2019, mediante Resolución N° 14, el Árbitro Único fijó como anticipo de honorarios profesionales por las pretensiones de la reconvención, la suma neta de S/1,924.40 (Un mil novecientos veinticuatro con 40/100 Soles) para el Árbitro Único y la suma neta de S/896.50 (Ochocientos noventa y seis con 50/100 Soles) para la Secretaria Arbitral, siendo de cargo de la Procuraduría de la Municipalidad Provincial de Andahuaylas el pago correspondiente del Impuesto a la Renta; los cuales deberán ser pagados íntegramente por la Entidad, en un plazo no mayor de diez (10) días hábiles a partir del día siguiente en que se remita los recibos correspondientes, al amparo de lo establecido en el primer párrafo del numeral 59 del Acta de Instalación. En caso de incumplimiento, será aplicable lo establecido en el segundo párrafo del numeral 59 del Acta de Instalación, y se dejó constancia que los anticipos de honorarios profesionales fijados en la presente resolución, han sido establecidos aplicándose la Directiva N° 021-2016-OSCE/CD "Tabla de Gastos Arbitrales Aplicables a los Arbitrajes Organizados y Administrados por el OSCE y los Arbitrajes Ad Hoc".
- 2.21. El 06 de febrero de 2020, mediante Resolución N° 15, el Árbitro Único requirió a la Procuraduría Pública de la Municipalidad Provincial de Andahuaylas para que dentro del plazo de cinco (05) días hábiles a partir del día siguiente de notificada con dicha resolución, cumpla con acreditar el pago del anticipo de honorarios arbitrales establecidos en la Resolución N° 14, bajo apercibimiento de ordenar la suspensión del proceso arbitral respecto de las pretensiones de la Entidad, luego de lo cual, las mismas podrán ser archivadas conforme a la facultad discrecional que sobre el particular ostenta el Árbitro Único.
- 2.22. El 18 de febrero de 2020, mediante Resolución N° 16, el Árbitro Único dispuso la suspensión del proceso respecto de las pretensiones de la Municipalidad Provincial de Andahuaylas por el plazo de veinte (20) días

hábiles contados a partir del día siguiente de notificada dicha resolución, la cual sólo podrá ser levantada con la verificación del pago del anticipo de los honorarios arbitrales dispuestos en la Resolución N° 14, luego de lo cual el Árbitro Único estará habilitado para archivar las pretensiones de la Entidad, continuando el proceso con las pretensiones del Consorcio Chihuampata.

- 2.23. El 21 de julio de 2020, mediante Resolución N° 17, el Árbitro Único declaró haber ocurrido la suspensión del presente proceso desde el 16 de marzo de 2020 hasta el día de notificación de la presente Resolución, por efecto de la Declaratoria de Emergencia Nacional dispuesta por los Decretos Supremos N° 044-2020, N° 051-2020-PCM, N° 64-2020-PCM, N° 075-2020-PCM, N° 83-2020-PCM, N° 94-2020-PCM y N° 116-2020-PCM, ante la existencia de la pandemia Covid-19 y dispuso levantar la suspensión de los plazos del presente proceso, debiendo las partes y todas las personas naturales que intervienen en el presente proceso arbitral, dar estricto cumplimiento de las normas sanitarias por efecto de la Emergencia Sanitaria a nivel nacional, debiendo continuar el proceso según su estado. Asimismo, en dicha resolución se dispuso que, en adelante, toda notificación y tramitación del proceso arbitral, será efectuado de manera virtual a través de correo electrónico, de la forma y modo señaladas en la parte considerativa de la presente resolución, siendo que dichas reglas se mantendrán vigentes obligatoriamente hasta cuando sea levantada la Emergencia Sanitaria por Decreto Supremo del Ministerio de Salud o norma legal de mayor jerarquía, se otorgó a las partes un plazo de tres (03) días hábiles, para que cumplan con indicar el correo electrónico como nuevo domicilio procesal, a fin de ser notificados con las respectivas resoluciones emitidas por este Árbitro Único, bajo apercibimiento de que en caso de incumplimiento se remitan las notificaciones a las direcciones electrónicas institucionales de las partes o la Mesa de Partes Virtual de la Entidad, según corresponda; asimismo, se precisó que toda notificación se considerará recibida mediante su remisión por correo electrónico; autorizándose la notificación para la Entidad en su Mesa de Partes Virtual de la Entidad, en aplicación de los principios de eficacia y eficiencia, sin perjuicio de la notificación física a realizarse para dicha resolución. Finalmente, se señaló que para la presentación de escritos y/o recursos, estos deberán remitirse en formato PDF al correo electrónico de la secretaría arbitral: monica.lopez.casimiro@gmail.com; en ese sentido, se precisó que el horario de envío de los escritos será de lunes a viernes (días hábiles) desde las 00 horas hasta las 11:59 p.m., y se dispuso la modificación de las reglas arbitrales, incorporándose las nuevas reglas arbitrales del presente proceso arbitral, de acuerdo a lo señalado en los diversos considerandos de dicha resolución.
- 2.24. El 24 de febrero de 2020, la Procuraduría Pública de la Municipalidad Provincial de Andahuaylas señaló que mediante Resolución N° 7 se ha cumplido con el depósito íntegro de los honorarios arbitrales, y que si bien existe una pretensión reconvenzional liquidada pendiente, sería el único tema por aclarar, puesto que los honorarios han sido cancelados por el íntegro del proceso, por lo que la procuraduría entiende que el proceso debe continuar, con la atingencia de requerir bajo apercibimiento y no la suspensión del proceso, por lo que solicita se aclare la Resolución N° 15.
- 2.25. El 03 de agosto de 2020, el representante del Consorcio Chihuampata señaló su nuevo domicilio procesal electrónico.

- 2.26. El 05 de agosto de 2020, la Procuraduría Pública de la Municipalidad Provincial de Andahuaylas se apersonó al proceso a través de su nuevo Procurador Público, señalando su domicilio procesal electrónico.
- 2.27. Los mencionados escritos fueron proveídos mediante Resolución N° 18 de fecha 12 de agosto de 2020, mediante la cual el Árbitro Único dispuso tener presente los escritos presentados por las partes y las precisiones realizadas en los considerandos tercero y cuarto de dicha resolución, se ordenó remitir nuevos recibos por honorarios a la Entidad a fin de que en el plazo de cinco (05) días hábiles cumpla con realizar el pago de los honorarios arbitrales, y se tuvo presente los domicilios procesales electrónicos señalados por las partes.
- 2.28. El 01 de setiembre de 2020, mediante la Resolución N° 19, el Árbitro Único resolvió tener presente lo informado por la Secretaria Arbitral en la Razón de Secretaría de fecha 31 de agosto de 2020 y exhortar a la Procuraduría Pública de la Municipalidad Provincial de Andahuaylas adoptar las acciones correspondientes y coordinar con el área de informática y/o sistemas y/o las que resulten competentes a fin de que autoricen las notificaciones efectuadas desde la cuenta electrónica de la Secretaria Arbitral (monica.lopez.casimiro@gmail.com), toda vez que es responsabilidad de la Entidad, a través de su área competente, habilitar el ingreso de las notificaciones provenientes de otros servidores.
- 2.29. El 07 de setiembre de 2020, la Procuraduría Pública de la Municipalidad Provincial de Andahuaylas señaló que se viene realizando la certificación presupuestal para el pago de honorarios arbitrales y considerando que se realizará el cambio de los recibos por honorarios, solicita una ampliación de plazo de cinco (5) días a efectos de realizar el pago; asimismo, mediante el escrito de fecha 16 de setiembre de 2020, la Entidad indicó que mediante Informe N° 268-2020-MPA-GAF/ONMM se comunica que el 10 de setiembre de 2020, se realizó satisfactoriamente el pago de los honorarios arbitrales por las pretensiones reconvencionales de la Entidad, adjuntándose las constancias de las transferencias electrónicas. Dichos escritos fueron proveídos mediante la Resolución N° 20 de fecha 21 de setiembre de 2020, a través de la cual, el Árbitro Único resolvió tener presente los escritos presentados por la Entidad, otorgarle el plazo adicional de cinco (05) días hábiles, contados desde el día siguiente de la fecha de vencimiento del plazo otorgado mediante Resolución N° 18, a fin de que realice el pago de los honorarios arbitrales, tener por acreditado el pago de los honorarios arbitrales por las pretensiones de la reconvención de la Entidad y citar a las partes a la Audiencia de Conciliación, Fijación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios que se realizará el día jueves 15 de octubre de 2020 a las 11:00 a.m. a través del siguiente enlace zoom: <https://us04web.zoom.us/j/76146859598?pwd=bzR5VDNBQ0dqNVVqcZU2NW4vcEkzZz09> Meeting ID: 761 4685 9598, Passcode: 5kS9Dc; asimismo, se otorgó a las partes un plazo de cinco (05) días hábiles, contados a partir del día siguiente de notificada con dicha resolución para que presenten su propuesta de puntos controvertidos, si lo estiman conveniente, las mismas que podrán ser recogidas o no por el Árbitro Único, a su discreción.
- 2.30. El 15 de octubre de 2020, el Árbitro Único doctor Dennis Italo Roldán Rodríguez, el abogado del Consorcio Chihuampata, el abogado de la Procuraduría Pública de la Municipalidad Provincial de Andahuaylas y la abogada Mónica Melissa López Casimiro, en calidad de Secretaria Arbitral,

participaron en la Audiencia de Conciliación, Fijación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios, la misma que fue grabada y forma parte del expediente arbitral. En la referida audiencia, el Árbitro Único invitó a las partes a llegar a un acuerdo conciliatorio que les permita concluir con las controversias materia del presente arbitraje, los representantes de éstas expresaron que, por el momento, no tienen una fórmula conciliatoria, dejándose abierta la posibilidad de que las partes logren presentar una propuesta conciliatoria o entablar un acuerdo conciliatorio en cualquier etapa del arbitraje. Asimismo, en dicha audiencia se fijaron los puntos controvertidos del presente proceso, se admitieron los medios probatorios ofrecidos por las partes y se otorgó a la Entidad el plazo veinte (20) días hábiles para que gestione la emisión de las copias certificadas del expediente de contratación y lo presente al correo electrónico de la secretaria arbitral. Finalmente, en la referida audiencia se emitió la Resolución N° 21, mediante la cual el Árbitro Único tuvo por presentada la propuesta de puntos controvertidos formulada por la Procuraduría Pública de la Municipalidad Provincial de Andahuaylas mediante el escrito de fecha 30 de setiembre de 2020, con conocimiento de su contraparte.

- 2.31. El 07 de diciembre de 2020, el Árbitro Único emitió la Resolución N° 22, mediante la cual se requirió a las partes para que dentro del plazo de diez (10) días hábiles, contados a partir del día siguiente de notificada dicha resolución, cumplan con presentar el medio probatorio ofrecido por el Consorcio Chihuampata consistente en el expediente de contratación, el cual deberá ser remitido al correo electrónico de la secretaria arbitral (monica.lopez.casimiro@gmail.com), que constituye la mesa de partes del proceso arbitral.
- 2.32. El 17 de diciembre de 2020, la Procuraduría Pública de la Municipalidad Provincial de Andahuaylas presentó el Expediente de Contratación del Contrato Gerencial N° 097-2016-GG-MPA para la contratación de la consultoría de supervisión de obra del proyecto “Mejoramiento y Ampliación de los Sistemas de Agua Potable y Alcantarillado de las localidades de Andahuaylas y Talavera de la provincia de Andahuaylas, región Apurímac”, que contiene 831 folios. Dicho escrito fue proveído mediante Resolución N° 23 de fecha 05 de enero de 2021, mediante la cual el Árbitro Único tuvo presente el escrito de fecha 17 de diciembre de 2020, presentado por la Procuraduría Pública de la Municipalidad Provincial de Andahuaylas, mediante el cual ha cumplido con remitir el Expediente de Contratación del Contrato Gerencial N° 097-2016-GG-MPA; asimismo, se admitió el medio probatorio del Expediente de Contratación del Contrato Gerencial N° 097-2016-GG-MPA, que consta de 831 folios, el mismo que es puesto en conocimiento de las partes para que, de considerarlo pertinente, manifiesten lo conveniente a su derecho dentro del plazo de diez (10) días hábiles, contados a partir del día siguiente de notificada dicha resolución.
- 2.33. El 10 de setiembre de 2021, el Árbitro Único emitió la Resolución N° 24, mediante el cual se da por cerrada la etapa probatoria y se concedió a las partes el plazo de diez (10) días hábiles contados a partir del día siguiente de notificada con dicha resolución, para que presenten sus alegatos escritos y, de solicitarlo alguna de las partes, se les citará a una audiencia de informes orales.

- 2.34. El 28 de setiembre de 2021, la Procuraduría Pública de la Municipalidad Provincial de Andahuaylas solicitó realizar un informe oral a fin de sustentar sus alegatos y argumentos de defensa; asimismo, mediante el escrito de fecha 05 de octubre de 2021, la Entidad formuló sus alegatos y solicitó se tenga presente los mismos. De igual manera, mediante el escrito de fecha 15 de octubre de 2021, el Consorcio Chihuampata presentó sus alegatos escritos para mejor resolver. Dichos escritos fueron proveídos mediante Resolución N° 25 de fecha 18 de octubre de 2021, a través de la cual el Árbitro Único tuvo presente los escritos presentados por las partes y los alegatos formulados extemporáneamente; asimismo, citó a las partes a la Audiencia de Informes Orales que se realizaría el día 02 de diciembre de 2021, a horas 5.00pm, a través del enlace de Google Meet: <https://meet.google.com/yar-prho-vhk?authuser=0&hl=es>.
- 2.35. El 02 de diciembre de 2021, el Consorcio Chihuampata solicitó la reprogramación de la audiencia de informes orales, debido a un hecho de fuerza mayor. Al respecto, mediante Resolución N° 26 de fecha 03 de diciembre de 2021, el Árbitro Único resolvió tener presente el escrito presentado por el consorcio y reprogramar la Audiencia de Informes Orales para el día 20 de diciembre de 2021, a horas 5.00pm, a través del enlace de Google Meet: <https://meet.google.com/yar-prho-vhk?authuser=0&hl=es>, precisando que dicha audiencia se llevará a cabo con la parte asistente.
- 2.36. El 03 de diciembre de 2021, la Procuraduría Pública de la Municipalidad Provincial de Andahuaylas solicitó se precise si los alegatos admitidos mediante Resolución N° 25 serán tomados en cuenta en el proceso. Dicho escrito fue proveído mediante Resolución N° 27 del 13 de diciembre de 2021, mediante el cual el Árbitro Único resolvió tener presente dicho escrito y en cuanto a lo solicitado, se debe tener en cuenta lo precisado en el tercer considerando de dicha resolución, en el que se indicó que los alegatos sí forman parte del proceso y serán considerados al momento de resolver la controversia.
- 2.37. El 20 de diciembre de 2021, el Árbitro Único doctor Dennis Ítalo Roldán Rodríguez, el abogado del Consorcio Chihuampata, el abogado de la Procuraduría Pública de la Municipalidad Provincial de Andahuaylas y la abogada Mónica Melissa López Casimiro, en calidad de Secretaria Arbitral, participaron en la Audiencia de Informes Orales, la misma que fue grabada y forma parte del expediente arbitral. En la referida audiencia, ambas partes realizaron la exposición oral de sus posiciones y se les otorgó el derecho de réplica y dúplica. Asimismo, en dicha audiencia, el Árbitro Único emitió la Resolución N° 28, mediante la cual, se tuvo presente el escrito de fecha 20 de diciembre de 2021, presentado por el Consorcio Chihuampata, con conocimiento de su contraparte y se tuvo presente las diapositivas presentadas por el Consorcio Chihuampata, con conocimiento de su contraparte.
- 2.38. El 21 de enero de 2022, mediante Resolución N° 29, el Árbitro Único estableció el plazo para laudar en treinta (30) días hábiles, contados a partir del día siguiente de notificada dicha resolución y que podrá ser prorrogado, a entera discreción del Árbitro Único, hasta por treinta (30) días hábiles adicionales. Asimismo, luego de su expedición, la Secretaria Arbitral contará con cinco (05) días hábiles adicionales para notificar el laudo a las partes.

- 2.39. El 25 de febrero de 2022, mediante Resolución N° 30, el Árbitro Único dispuso prorrogar el plazo para laudar en treinta (30) días hábiles adicionales, computados a partir de finalizado el primer plazo, es decir, a partir del 07 de marzo de 2022.

III. DECLARACIONES PRELIMINARES

Antes de analizar la materia controvertida, corresponde remarcar lo siguiente:

- (i) El Árbitro Único se constituyó de acuerdo al convenio arbitral antes transcrito.
- (ii) En ningún momento se ha recusado al Árbitro Único o se han impugnado las disposiciones contenidas en el Acta de Instalación.
- (iii) El Contratista interpuso su demanda dentro del plazo previsto, ofreciendo las pruebas correspondientes.
- (iv) La Entidad fue debidamente emplazada con la demanda y la contestó oportunamente, ofreciendo sus medios probatorios.
- (v) Las partes han tenido plena oportunidad para ofrecer y actuar todas sus pruebas, así como han contado con el derecho a presentar alegatos y a informar oralmente.
- (vi) Se han analizado todas las afirmaciones de las partes y todos los medios probatorios actuados en el proceso, otorgándoles el mérito que les corresponde aun cuando no se haga mención expresa de ellos en este Laudo.
- (vii) El presente Laudo de Derecho se emite dentro del plazo previsto en el numeral 45 del Acta de Instalación.

IV. PRETENSIONES DEMANDADAS

- 4.1. Las pretensiones contenidas en la demanda han sido formuladas en los siguientes términos:

“3.1. PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL:

*Que se declare la nulidad y/o se deje sin efecto legal la resolución de contrato hecha por la Entidad con su **CARTA de fecha 19 de junio de 2018** porque contraviene la Ley al no haberse seguido el procedimiento debido tanto para que se aplique las penalidades como para la resolución del contrato y en consecuencia, el ÁRBITRO ÚNICO deje sin efecto legal y/o declare nulo la “acumulación de máxima penalidades” y decretada por la Entidad en su **CARTA de fecha 19 de junio de 2018, debido a que la Entidad no tiene pruebas objetivas del hecho generador en que fundamenta su decisión de aplicar la “máxima acumulación de penalidades”** y además por no haber cumplido el procedimiento previo establecido en el Contrato y los documentos del procedimiento de selección para poder aplicarlas.*

3.3. SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL:

Que **el ÁRBITRO ÚNICO** en aplicación del artículo 170 del Reglamento de la Ley de Contrataciones¹ ordene a la Entidad a que nos pague como concepto de indemnización de daños y perjuicios irrogados el monto de S/. 100, 00.00 (Cien mil soles).

3.4. TERCERA PRETENSIÓN PRINCIPAL:

Que, **el ÁRBITRO ÚNICO** ordene a la Entidad de que pague las costas y costos que el presente proceso arbitral genere y todos los gastos que se generen a raíz del presente proceso arbitral.”

V. FUNDAMENTOS DE LA DEMANDA

El Contratista sustenta sus pretensiones en los siguientes argumentos:

“IV) FUNDAMENTOS DE HECHO:

4.1. Con fecha la MUNICIPALIDAD PROVINCIAL DE ANDAHUAYLAS convocó el procedimiento de selección el Concurso Público N° CP-CLASICO-1-2015-MPA-1 para la “CONTRATACION DEL SERVICIO DE CONSULTORIA DE OBRA PARA LA SUPERVISION DEL PROYECTO:AMPLIACION Y MEJORAMIENTO DE LOS SISTEMAS DE RIEGO DE LOS SISTEMAS DE AGUA POTABLE Y ALCANTARILLADO DE LAS LOCALIDADES DE ANDAHUAYLAS, TALAVERA, PROVINCIA DE ANDAHUAYLAS - APURIMAC CODIGO SNIP N° 130269”.

4.2. Con fecha 08 de febrero del 2016, la Entidad nos otorga la buena pro del citado concurso público y con fecha 23 de febrero del 2016 se firma el **CONTRATO GERENCIAL N° 097-2016-GG-MPA (SUMA ALZADA)** por el monto de S/. 1, 196, 112. 15 (Un millón ciento noventa y seis mil ciento doce con 15/100 nuevos soles).

4.3. Asimismo, el **día 21 de junio de 2018**, su Entidad nos notifica la **CARTA NOTARIAL de fecha 19 de junio de 2018** en la que nos comunica que nos resuelve el referido contrato por una acumulación máxima de penalidades. Cabe indicar que mi representada se opone totalmente a este acto ilegal de su Entidad y mediante la presente decide **INICIAR EL ARBITRAJE AD HOC** a fin de resolver la presente controversia.

4.4. Finalmente, debemos señalar que debido a que **no estamos de acuerdo con la Resolución contractual que ha hecho la Entidad por ser extemporánea y porque el sustento fáctico (una acumulación máxima de penalidades).**

V) FUNDAMENTOS DE DERECHO:

5.1. FUNDAMENTOS DE NUESTRA PRIMERA PRETENSIÓN. -

Señor Árbitro, nuestra **PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL** es la siguiente:

- Que se declare la nulidad y/o se deje sin efecto legal la resolución de contrato hecha por la Entidad con su **CARTA de fecha 19 de junio de 2018** porque contraviene la Ley al no haberse seguido el procedimiento debido tanto para que se aplique las penalidades como para la resolución del contrato y en consecuencia, **el ÁRBITRO ÚNICO** deje sin efecto legal y/o declare nulo la “acumulación de máxima penalidades” y decretada por la Entidad en su **CARTA de fecha 19 de junio de 2018, debido a que la Entidad no tiene pruebas objetivas del hecho generador en que fundamenta su decisión de aplicar la “máxima acumulación de penalidades”** y además por no

¹ Decreto Supremo N° 184-2008-EF, norma bajo el cual se rige el presente contrato.

haber cumplido el procedimiento previo establecido en el Contrato y los documentos del procedimiento de selección para poder aplicarlas.

Esta pretensión la sustentamos en base a los siguientes argumentos:

EL SUSTENTO EN EL CUAL SE BASA LA ENTIDAD PARA RESOLVERNOS EL CONTRATO GERENCIAL N° 097-2016-GG-MPA (SUMA ALZADA) ES POR HABER SUPUESTAMENTE ACUMULADO LA MÁXIMA PENALIDAD SIN EMBARGO, LA ENTIDAD NO HA SEGUIDO EL PROCEDIMIENTO ESTABLECIDO EN EL CONTRATO Y CARECE DE MEDIOS PROBATORIOS QUE SUSTENTEN QUE HEMOS INCURRIDO EN LA CONDUCTA PENALIZADA.

Señor Árbitro, la Entidad en su CARTA NOTARIAL con el cual nos resolvió el contrato señaló que nos resolvían el contrato porque supuestamente hemos acumulado la máxima penalidad (otras penalidades) por la falta del personal mínimo ofertado en el contrato N° 097-2016-GG-MPA y por abandono de obra.

Al respecto decimos que **NOS OPONEMOS ROTUNDAMENTE A QUE SE NOS COBRE COMO PENALIDAD MÁXIMA LA SUMA DE S/. 4 163 666.38 SOLES COMO ACUMULACIÓN DE MÁXIMA PENALIDAD** por los siguientes argumentos:

- a) **LA ACUMULACIÓN DE MÁXIMAS PENALIDADES QUE SE NOS IMPUTA NO HA CUMPLIDO EL PROCEDIMIENTO PREVIO ESTABLECIDO EN EL CONTRATO Y EN NINGÚN DOCUMENTO DEL PROCEDIMIENTO DE SELECCIÓN.**

Señorita Árbitro, su digno Despacho debe tener presente que el artículo 166 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado establece que:

Artículo 166°.- Otras penalidades

En las Bases se podrán establecer penalidades distintas a la mencionada en el artículo precedente, siempre y cuando sean objetivas, razonables y congruentes con el objeto de la convocatoria, hasta por un monto máximo equivalente al diez por ciento (10%) del monto del contrato vigente o, de ser el caso, del ítem que debió ejecutarse. Estas penalidades se calcularán de forma independiente a la penalidad por mora.

Concordancia: LCE: Artículo 48°.

Cabe indicar que la acumulación de penalidades es una potestad de la Entidad, pero ésta se debe aplicar bajo ciertos parámetros **tales como la objetividad, razonabilidad y congruencia**. Además, para la aplicación de estas "otras penalidades" se debe seguir el procedimiento previo establecido en las Bases integradas o en el Contrato.

También se debe señalar que los parámetros de la objetividad, razonabilidad y congruencia y el procedimiento previo establecido en las Bases integradas o en el Contrato es una garantía que el contratista tiene y que la Entidad debe cumplir a fin de evitar caer en la "arbitrariedad", toda vez que la aplicación de penalidades afecta gravemente el derecho adquirido de un contratista.

Esta afirmación la acreditamos mediante las **OPINIÓN** del OSCE siguientes:

OPINIÓN N° 027-2010/DTN

Entidad: Programa Nacional de Asistencia Alimentaria- PRONAA
Asunto: Aplicación de penalidades en contratos complementarios
Referencia: Oficio N° 037-2010-MINDES-PRONAA/DE-AL

(...)

2.2.1 Sobre el particular, conforme a lo establecido en el artículo 166° del Reglamento, las Bases podrán establecer penalidades distintas a la penalidad por mora, siempre que aquellas sean objetivas, razonables y congruentes con el objeto de la convocatoria, hasta por un monto máximo equivalente al diez por ciento (10%) del monto del contrato vigente o, de ser el caso, del ítem que debió ejecutarse.

Al respecto, es la propia Entidad que determinará en las Bases y en el contrato cuáles son esas penalidades distintas a la penalidad por mora, es decir, consignar determinados supuestos de hecho cuyo incumplimiento ameritan su aplicación, los cuales, además de ser razonables y congruentes con la prestación a cargo del contratista deben estar acompañados de un procedimiento claro y preciso de los mecanismos que accionará la Entidad para la determinación de la responsabilidad del contratista.

*Tal como se puede ver, en esta Opinión del OSCE se indica que para la aplicación de penalidades se debe establecer el procedimiento previo claramente. Esta afirmación se sustenta en la **OPINIÓN N° 151-2017**:*

Dirección Técnico Normativa
Opinión



T.D.: 10920650

OPINIÓN N° 151-2017/DTN

Entidad: Ministerio Público
Asunto: Aplicación de penalidades
Referencia: Oficio N° 988-2017-MP-FN-GG-GECLOG

(...)

Así, de dicho dispositivo se desprende que la Entidad tiene la facultad de establecer en los documentos de selección la aplicación de “Otras penalidades”, distintas a la “penalidad por mora en la ejecución de la prestación”²; debiendo precisarse que para tal efecto, la Entidad deberá: i) prever que dichas penalidades sean objetivas, razonables, congruentes y proporcionales con el objeto de la contratación; ii) definir los supuestos que originarían su aplicación, los cuales deben ser diferentes al retraso injustificado o mora; iii) delimitar la forma de cálculo de la penalidad para cada uno de los supuestos que previamente hubiera definido; y, iv) establecer el procedimiento a través del cual verificará si se constituye el supuesto que da lugar a la aplicación de la penalidad.

Asimismo, el segundo párrafo del referido artículo precisa que “Estas penalidades se calculan de forma independiente a la penalidad por mora.”; advirtiéndose, una vez más, que dichas penalidades tienen un tratamiento diferenciado respecto de la penalidad prevista en el artículo 133 del Reglamento.

2.2.2 Por lo expuesto, se advierte que, las “otras penalidades” previstas en los documentos del procedimiento de selección se aplican a supuestos debidamente establecidos, conforme a lo regulado en el artículo 134 del Reglamento; no siendo posible su aplicación a supuestos de retraso injustificado o mora.

En base a lo expuesto, tenemos que para nuestro caso, en los documentos del procedimiento de selección (Bases Integradas)² sobre las “otras penalidades se establecieron los siguientes supuestos de aplicación de “otras penalidades” además de establecerse el siguiente “procedimiento previo” que la Entidad debía de realizar a fin de poder aplicarnos las “otras penalidades”, **asimismo la causal por el cual se penaliza al contratista (esto es la conducta punible) debe estar debidamente señalada en las bases integradas o en el contrato de supervisión.**

Señor Árbitro, este es el procedimiento previo que la Entidad – a fin de aplicarnos la máxima acumulación de penalidades- debió de cumplir previamente, esto se acredita en la página 36 de las bases integradas de este procedimiento de selección:

14. OTRAS PENALIDADES

Se aplicará según la evaluación de reportes, observaciones o reclamos, debidamente sustentada y comprobada por el funcionario competente. La penalidad será determinada aplicando un porcentaje sobre el monto contractual vigente, según el cuadro, la misma que será deducido del honorario mensual.

Tal como se puede ver, en las bases integradas, documento que forma parte del contrato:

² Se debe de tener en cuenta que en el Contrato no se establece los supuesto de aplicación de otras penalidades.



Gestión 2015 - 2018

MUNICIPALIDAD PROVINCIAL DE ANDAHUAYLAS

"Año de la Consolidación del Mar de Grau"



CONTRATO GERENCIAL N° 097 - 2016-GG-MPA SUMA ALZADA

CONCURSO PUBLICO CP N° 001 - 2015 - MPA. PRIMERA CONVOCATORIA

CONTRATACIÓN DE CONSULTORÍA DE SUPERVISIÓN DE OBRA DEL PROYECTO: "MEJORAMIENTO Y AMPLIACIÓN DE LOS SISTEMAS DE AGUA POTABLE Y ALCANTARILLADO DE LAS LOCALIDADES DE ANDAHUAYLAS Y TALAVERA DE PROVINCIA DE ANDAHUAYLAS Y REGIÓN APURÍMAC" (CÓDIGO SNIP N° 130269)



CLAUSULA OCTAVA: PARTES INTEGRANTES DEL CONTRATO.

El presente Contrato está conformado por los Términos de Referencia, las Bases del proceso, así como la propuesta Técnica y Económica de EL CONTRATISTA y los documentos derivados del proceso que establezcan obligaciones entre las partes.

(...) se indica que previo a la aplicación de penalidades, primero se debe emitir "Reportes", "Observaciones", "Reclamos", **debidamente sustentados por el funcionario competente, hecho que no ha pasado en nuestro caso, dado que la Entidad antes de decidir aplicarnos la penalidad por el cual resuelve el contrato, NO HA SEGUIDO ESTE PROCEDIMIENTO PREVIO, pues no obra ningún documento:**

- "Reportes",
- "Observaciones",
- "Reclamos"
- **debidamente sustentados por el funcionario competente.**

Notificados a mi representada, este hecho vulnera el debido procedimiento detallado en las bases integradas. Cabe indicar que la aplicación de penalidades es un acto que afecta derechos por ende debe respetar el debido procedimiento, hecho que no ha pasado en la presente causa.

Del mismo modo, si su Despacho revisa el **CONTRATO GERENCIAL N° 097-2016-GG-MPA (SUMA ALZADA) en ninguna de sus cláusulas se indica la aplicación de penalidades, ni su procedimiento previo, ni sus causas.**

En base a lo expuesto, debido a que **NO OBRA NINGUNA PRUEBA OBJETIVA QUE LA ENTIDAD POSEA PARA ACAREREDITARNOS DE QUE HEMOS INCURRIDO EN LA ACUMULACIÓN DE MÁXIMAS PENALIDADES,** pues no existe "Reportes", "Observaciones", "Reclamos" **debidamente sustentados por el funcionario competente.** Además de no existir el tipo penal (la conducta por el cual se nos imputa la penalidad); en ese sentido, señor ÁRBITRO nos preguntamos **¿cómo pretende la Entidad resolver un contrato en base a una acumulación de máxima sin ningún tipo de prueba objetiva que acredite su imputación?** Consideramos que lo que ha hecho la Entidad es un acto ilegal que vulnera el principio de legalidad.

Por otro lado, las "otras penalidades" que se tipificaron literalmente en la Bases integradas, documentos que forman parte del Contrato, son las siguientes:

Cuadro de otras penalidades

N°	Concepto	Penalidad aplicable sobre monto contractual vigente
01	Cuando el supervisor no cuenta con elementos de seguridad necesaria y de identificación (Implementos de Protección o seguridad e identificación).	1%
02	Cuando el supervisor no realiza las pruebas y ensayos oportunamente para verificar la calidad de los materiales y las dosificaciones.	1%
03	Cuando se presente requerimientos de los bienes y/o servicios, con el objeto de fraccionamiento.	2%
04	Cuando no se anoten las ocurrencias de manera oportuna, cronológica y ordenada en el cuaderno de obra, o se lleva registros con retrasos.	1%
05	Cuando el supervisor no presenta los informes mensuales y valorizaciones del mes, dentro de los plazos establecidos o presenta con omisiones, incompletos o defectuosos.	1%
06	Cuando el supervisor presenta los informes mensuales y valorizaciones del mes, con omisiones, incompletos o defectuosos, con errores o valoriza metrados no ejecutados.	2%
07	Cuando no sea absuelta y regularizada cualquier partida de una valorización observada, en la valorización siguiente.	1%
08	En caso que la obra prolongue el plazo contratado injustificadamente y se demuestra que el Supervisor no hizo los mayores esfuerzos (utilizar todos los medios administrativos, legales y técnicos a su alcance, incluyendo la participación directa de los directivos del Consultor) para que el Contratista avance al ritmo ofertado.	2%
09	Cuando el supervisor no se encuentra en forma permanente en la obra, o se detecte la ausencia del supervisor durante el avance físico de la obra; ya que su obligación es velar directa y permanentemente por la correcta ejecución de la obra, bajo responsabilidad.	1%

En ese sentido, debe indicarse que la causal que alega la Entidad a fin de aplicarnos la penalidad:

- la falta del personal mínimo ofertado en el **CONTRATO N° 097-2016-GG-MPA**.
- y el supuesto abandono de obra.

No se encuentra detallada en forma taxativa en las 9 causas de aplicación de penalidad, motivo por el cual **NO CORRESPONDE QUE SE NOS HAYA APLICADO LA MÁXIMA PENALIDAD**.

Señorita Árbitro, tal como se puede verificar, las Bases Integradas sólo establecieron como "otras penalidades" la ausencia del SUPERVISOR no la ausencia de los otros personales claves (hecho que imputa la Entidad), sin embargo, la Entidad vulnerando el principio de tipicidad y de razonabilidad nos penaliza en base a "supuestos de hecho" que no estaban establecidos en las Bases Integradas ni en el Contrato como "otras penalidades".

Tal como se puede ver, el cálculo de la "acumulación de máxima penalidades" que ha hecho la Entidad engloba "supuestos de penalidad" que no están establecidas en las Bases Integradas, pues la Entidad nos aplica penalidad por la supuesta ausencia de personal y abandono de

obra; cuando de la revisión de las Bases Integradas el único supuesto de penalidad establecido en este documento es **“Cuando el supervisor de la obra no se encuentra en forma permanente en la obra”**.

En el presente caso, la Entidad no nos ha señalado ni notificado un informe de cálculo de penalidades, es decir no nos señala cuáles son las pruebas de que hemos incurrido en dicha falta y cómo ha llegado a determinar que se ha sobrepasado el 10% de acumulación de penalidades. Este hecho es grave porque demuestra arbitrariedad por parte de la Entidad.

Tal como puede ver, el accionar de la Entidad ha sido ilegal y **es una evidencia del total desconocimiento por parte de la Entidad del artículo 166 del Reglamento de la ley de Contrataciones del Estado, además de la evidente vulneración al principio de congruencia y de razonabilidad que se establece en el referido artículo:**

Artículo 166°.- Otras penalidades

En las Bases se podrán establecer penalidades distintas a la mencionada en el artículo precedente, siempre y cuando sean objetivas, razonables y congruentes con el objeto de la convocatoria, hasta por un monto máximo equivalente al diez por ciento (10%) del monto del contrato vigente o, de ser el caso, del ítem que debió ejecutarse. Estas penalidades se calcularán de forma independiente a la penalidad por mora.

Concordancia: LCE: Artículo 48°.

En el presente caso, se ha vulnerado el principio de “congruencia” porque la Entidad ha penalizado supuestos que no están “tipificados” en el Contrato ni tampoco en las bases integradas, asimismo, vulnera el principio de razonabilidad porque no se ha dado a conocer el cálculo que se ha hecho. **Este evento hace que lo decidido por la Entidad en su Carta Notarial sea nulo de pleno derecho.** En base a estos argumentos sustentamos nuestra **PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL.**

5.2. FUNDAMENTOS DE NUESTRA SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL:

Señor Árbitro, nuestra **SEGUNDA PRETENSIÓN ACCESORIA A LA PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL** es la siguiente:

SEGUNDA PRETENSIÓN ACCESORIA A LA PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL:

Que el ÁRBITRO ÚNICO en aplicación del artículo 170 del Reglamento de la Ley de Contrataciones ordene a la Entidad a que nos pague como concepto de indemnización de daños y perjuicios irrogados el monto de **S/. 100 000.00 (cien mil soles)**.

Cabe indicar que esta pretensión la sustentamos bajo la siguiente normativa:

- El artículo 260 del TUO de la LEY 27444:

Artículo 260.- Disposiciones Generales

260.1 Sin perjuicio de las responsabilidades previstas en el derecho común y en las leyes especiales, las entidades son patrimonialmente responsables frente a los administrados por los daños directos e inmediatos causados por los actos de la administración o los servicios públicos directamente prestados por aquéllas.

260.5 La indemnización comprende el daño directo e inmediato y las demás consecuencias que se deriven de la acción u omisión generadora del daño, incluyendo el lucro cesante, el daño a la persona y el daño moral.

260.6 Cuando la entidad indemnice a los administrados, podrá repetir judicialmente de autoridades y demás personal a su servicio la responsabilidad en que hubieran incurrido, tomando en cuenta la existencia o no de intencionalidad, la responsabilidad profesional del personal involucrado y su relación con la producción del perjuicio. Sin embargo, la entidad podrá acordar con el responsable el reembolso de lo indemnizado, aprobando dicho acuerdo mediante resolución.

Así como también, el segundo párrafo del artículo 170 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado que establece lo siguiente:

Artículo 170.- Efectos de la resolución

Si la parte perjudicada es la Entidad, ésta ejecutará las garantías que el contratista hubiera otorgado, sin perjuicio de la indemnización por los mayores daños y perjuicios irrogados.

Si la parte perjudicada es el contratista, la Entidad deberá reconocerle la respectiva indemnización por los daños y perjuicios irrogados, bajo responsabilidad del Titular de la Entidad.

Cualquier controversia relacionada con la resolución del contrato podrá ser sometida por la parte interesada a conciliación y/o arbitraje dentro de los quince (15) días hábiles siguientes de comunicada la resolución. Vencido este plazo sin que se haya iniciado ninguno de estos procedimientos, se entenderá que la resolución del contrato ha quedado consentida.

Cabe indicar que, en nuestro caso, mi representada ha sufrido una resolución contractual en base a un accionar ilegal de la Entidad

Ahora bien, respecto al indemnización de daños y perjuicios irrogados decimos que el monto de **S/. 100 000.00 (cien mil soles)** lo sustentamos en el segundo párrafo del artículo 170 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

Ahora bien, debemos decir que la suma de **S/. 100 000.00 (cien mil soles)** es por concepto de indemnización de daños y perjuicios irrogados la sustentamos en que con el incumplimiento y el accionar ilegal de la Entidad, mi representada ha sufrido daños patrimoniales (“daño emergente” y “lucro cesante”) y daños extrapatrimoniales.

Debemos indicar que en la doctrina jurídica el daño patrimonial “**se refiere en general a todo menoscabo o detrimento que se produce en los bienes que componen el patrimonio de un sujeto de derecho**”. En este caso, con el incumplimiento por parte de la Entidad de su obligación esencial de entregarnos la disponibilidad del terreno, se le ha causado un daño patrimonial a mi representada.

Ahora bien, el daño patrimonial que hemos sufrido tiene 2 componentes que son el “daño emergente” que vendría a ser “**el empobrecimiento real y efectivo del patrimonio que ha sufrido el daño**”. En nuestro caso, al haber firmado mi representada el **CONTRATO Nº 097-2016-GG-MPA** con la Entidad, ésta ha tenido que contratar personal clave y equipos solicitados en el citado contrato a fin de cumplir con lo estipulado en el citado contrato:

PERSONAL PROPUESTO PARA SUPERVISION DE OBRA

NOMBRE	DOCUMENTO NACIONAL DE IDENTIDAD U OTRO ANALOGO	CARGO Y/O ESPECIALIDAD
CARLOS ARTURO VIVES ARANA	16445699	JEFE DE SUPERVISIÓN DE OBRA
EBERT VARA LICONA	23916032	SUPERVISOR DE OBRA
HENRY HUAMÁN SANTILLÁN	08689814	ASISTENTE DE SUPERVISOR DE OBRA
JOSÉ SEBASTIÁN HUERTAS POLO	17879917	ESPECIALISTA EN IMPACTO AMBIENTAL
ABEL MARTÍN VARGAS RUÍZ	31182721	ESPECIALISTA EN ESTUDIO DE SUELOS Y GEOTECNIA
RICARDO RAMÓN OVIEDO SARMIENTO	21519752	ESPECIALISTA EN ESTRUCTURAS
HERNÁN CAMACHO FLORES	41913669	ESPECIALISTA EN TOPOGRAFÍA

RECURSOS A EMPLEAR EN LA SUPERVISIÓN.

El equipo mínimo que debe disponer para la supervisión.

01 nivel topográfico.

01 estación total.

01 GPS

03 equipos de computadora (02 pc escritorio, 01 laptop)

02 impresoras (01 a laser y 01 a color)

01 fotocopidora.

01 cámara fotográfica.

02 camionetas no mayor a tres años a fecha de presentación de propuesta.

01 oficina ubicada en Andahuaylas, para coordinar y entrega de documentos.

Cabe indicar que estos gastos mi representada pensaba cumplirlos con lo que ganaríamos con el cumplimiento del **CONTRATO N° 097-2016-GG-MPA**, motivo por el cual al ser resuelto en forma ilegal por la Entidad, este hecho nos ha ocasionado un daño emergente valorizado de la siguiente manera:

DAÑO EMERGENTE	Montos
PAGOS POR TENER EL EQUIPO MÍNIMO SOLICITADO EN EL CONTRATO	S/. 25 000. 00 (VEINTICINCO MIL SOLES).
PAGOS AL PERSONAL CLAVE	S/. 25 000. 00 (VEINTICINCO MIL SOLES).
TOTAL	S/. 50 000.00 (CINCUENTA MIL SOLES)

Por otro lado, también debe tenerse en cuenta que mi representada ha sufrido daño patrimonial en su modalidad de "lucro cesante" que se entiende como la utilidad que en virtud del daño se ha dejado de percibir, en ese sentido, mi representada ha sufrido un daño en su modalidad de "lucro cesante" ascendente a **S/. 50,000.00 (Cincuenta mil soles)**. Debemos señalar que este monto lo sustentamos bajo el siguiente detalle:

LUCRO CESANTE	MONTOS
MONTO QUE SE PROYECTABA COBRAR SI SE CUMPLÍA EL CONTRATO	S/. 25 000. 00 (VEINTICINCO MIL SOLES).
EXPERIENCIA EN OBRAS QUE SE PROYECTABA ADQUIRIR CON ESTE CONTRATO Y ASÍ AUMENTAR NUESTRA CAPACIDAD DE CONTRATACIÓN PARA ASÍ PODER PRESENTARNOS EN LICITACIONES PÚBLICAS DE MONTOS MAYORES	S/. 25 000. 00 (VEINTICINCO MIL SOLES).
TOTAL	S/. 50 000.00 (CINCUENTA MIL SOLES)

En base a lo expuesto, tenemos que el daño patrimonial que hemos sufrido se sustenta en **S/. 100 000.00 (cien mil soles)** sustentados bajo el siguiente detalle:

DAÑO PATRIMONIAL

LUCRO CESANTE	S/. 50 000.00 (CINCUENTA MIL SOLES)
DAÑO EMERGENTE	S/. 50 000.00 (CINCUENTA MIL SOLES)

Señor Árbitro, debemos precisar que el deber de indemnizar por la generación de perjuicios por los daños patrimoniales causados a mi representada, se encuentra normado en el artículo 1321 del Código Civil que prescribe lo siguiente:

“Artículo 1321º.- Queda sujeto a la indemnización de daños y perjuicios quien no ejecuta sus obligaciones por dolo, culpa inexcusable o culpa leve. El resarcimiento por la inejecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, comprende tanto el daño emergente como el lucro cesante, en cuanto sean consecuencia inmediata y directa de tal inejecución. Si la inejecución o el cumplimiento parcial, tardío o defectuoso de la obligación, obedecieran a culpa leve, el resarcimiento se limita al daño que podía preverse al tiempo en que ella fue contraída”

Ahora bien, para que proceda el pago de la indemnización por perjuicios y, en concreto, la compensación por el perjuicio ocasionado, es indispensable acreditar los siguientes conceptos:

Conducta generadora del daño

La conducta generadora es el hecho que la Entidad nos ha resuelto el contrato en forma ilegal sin seguir el procedimiento previo establecido en las bases integradas.

Antijuricidad

Se ha contravenido con el accionar de la entidad lo establecido en las bases integradas del procedimiento de selección.

Factor de Atribución

En el presente caso, la responsabilidad de la entidad es objetiva toda vez que se ha acreditado que su resolución contractual ha contravenido las bases integradas.

Daños

Los daños son los siguientes:

DAÑO PATRIMONIAL

LUCRO CESANTE	S/. 50 000.00 (CINCUENTA MIL SOLES)
DAÑO EMERGENTE	S/. 50 000.00 (CINCUENTA MIL SOLES)

Cabe indicar que en líneas anteriores de esta demanda ya hemos explicado los motivos del daño patrimonial, motivo por el cual nos remitimos a dichos argumentos.

Nexo Causal

Se debe saber que la conducta antijurídica de la Entidad ha hecho que se resuelva el contrato. Con este hecho, mi representada se ve menoscabada en poder cumplir sus obligaciones con terceros. Obligaciones que adquirimos porque pensábamos que la Entidad iba actuar de buena fe y nos iba dar todas las facilidades para seguir ejecutando la obra. En ese sentido, esta conducta antijurídica ocasionó el daño que hemos señalado.

5.3. FUNDAMENTOS DE NUESTRA TERCERA PRETENSIÓN PRINCIPAL:

Señor Árbitro, nuestra **TERCERA PRETENSIÓN PRINCIPAL** es la siguiente:

- Que, el ÁRBITRO ÚNICO ordene a la Entidad de que pague las costas y costos que el presente proceso arbitral genere y todos los gastos que se generen a raíz del presente proceso arbitral.

Esta pretensión la sustentamos en base a que la Entidad ha sido la responsable de que mi

representada inicie el presente arbitraje pues su actitud de resolvernos un contrato bajo la causal de acumulación de máximas penalidades QUE NO HA SEGUIDO EL PROCEDIMIENTO PREVIO ESTABLECIDO EN EL CONTRATO Y EN BASE A CAUSALES DE PENALIDAD QUE NO SE HAN ESTABLECIDO EN EL CONTRATO. Este hecho generó que surgiera la necesidad de llevar esta controversia a su Despacho a fin de corregir este acto ilegal. En ese sentido, en aplicación del artículo 73 del Decreto Legislativo 1071 corresponde que la parte vencida, esto es la Entidad pague las costas y costos que el presente proceso arbitral genere.

1. De acuerdo al artículo 48 de la Ley³ de Contrataciones del Estado, el atraso en el pago por parte a la Entidad, genera el pago de intereses legales a favor del contratista. Siendo que, en el presente caso, no solo ha existido demora reiterada en los pagos de las órdenes de compra emitidas por la Entidad, sino que a la fecha la demandada no ha cumplido con realizar los referidos pagos por los equipos entregados. **Por lo que solicito estos valores sean reconocidos como obligación a cargo de la Entidad, debiendo calcularse al momento en que se disponga que la Entidad cumpla el pago de los mismos.**

CUARTA PRETENSIÓN – PAGO DE COSTAS, COSTOS Y GASTOS ARBITRALES.

2. Como consecuencia de las diversas afectaciones realizadas por la Entidad, y al amparo de las pretensiones que Ud. deberá oportunamente brindar, corresponderá a la parte demandada el pago de las costas, costos y gastos arbitrales en que se incurran.”

VI. CONTESTACIÓN DE DEMANDA Y RECONVENCIÓN:

Con fecha 03 de junio del 2019, el Procurador Público de la Municipalidad Provincial de Andahuaylas contestó la demanda arbitral y formuló reconvencción, en base a los siguientes argumentos:

“II. CONTESTACIÓN DE DEMANDA:

Que, recurro a su despacho con la finalidad de formular la presente contestación de la demanda solicitando reconvencción de demanda, en respuesta a la demanda formulada por el contratista con fecha 06 de mayo del 2018, que fuera admitida por su Despacho.

Que, formulo contestación de demanda en los siguientes fundamentos de hechos y derechos:

1.- DE LA PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL:

Que, el contratista manifiesta, que el Contrato Gerencial 097-2016-GG-MPA, suscrito con fecha 23 de febrero del 2016, se declare la nulidad y se deje sin efecto legal la resolución de contrato por la entidad con su carta de fecha 19 de junio de 2018 porque contraviene la Ley al no haberse seguido un procedimiento debido en la aplicación de penalidades.

Al respecto manifestamos lo siguiente:

Que, LA MUNICIPALIDAD PROVINCIAL DE ANDAHUAYLAS en cumplimiento del art. 193 del Reglamento del D. Leg. N° 1017 Ley de contrataciones del Estado, aprobado por D. Sup. N° 184-2008-EF, concordante con el art. 160 del Reglamento de la Nueva Ley de Contrataciones del Estado N° 30225, contrato con el CONSORCIO

³ **Artículo 48°.- Intereses y penalidades - LCE**

En caso de atraso en el pago por parte de la Entidad, salvo que se deba a caso fortuito o fuerza mayor, esta reconocerá al contratista los intereses legales correspondientes. Igual derecho corresponde a la Entidad en caso sea la acreedora. El contrato establecerá las penalidades que deberán aplicarse al contratista ante el incumplimiento de sus obligaciones contractuales, de acuerdo a lo dispuesto en el Reglamento.

CHIHUAMPATA mediante el Contrato Gerencial N° 097-2016-GG-MPA (suma alzada), gana y adquiere responsabilidad contractual en la **Consultoría de Supervisión de Obra del Proyecto**: “MEJORAIENTO Y APLICACIÓN DE LOS SISTEMAS DE AGUA POTABLE Y ALCANTARILLADO DE LAS LOCALIDADES DE ANDAHUAYLAS Y TALAVERA DE LA PROVINCIA DE ANDAHUAYLAS Y REGION APURIMAC”, iniciada por la Municipalidad, a fin de que supervise y controle la ejecución de la Obra, así como el CONSORCIO CHIHUAPANTA es el responsable de realizar la permanente supervisión velando el interés del Estado en el cumplimiento de las metas, y objetivos de la entidad, así como la correcta ejecución de la Obra líneas arriba descrita, **motivo por el cual en las bases del proceso de LICITACIÓN POR CONCURSO PÚBLICO N° 001-2015-MPA en el punto 11 y el punto 14, así como en el art. 11 y 12 del CONTRATO GERENCIAL N° 097-2016-GG-MPA**, a vinculado a dicho consorcio a la exigencia legal que los profesionales propuestos, deben cumplir personalmente y **OBLIGATORIAMENTE** en realizar la Supervisión, empero cualquier variación o cambio del staff de profesionales debe ser comunicado por escrito y ser aceptada mediante acto resolutivo u otros por la autoridad administrativa (Municipalidad), lo que no ha sucedido en el presente caso, **se ha vulnerado el art. 162 del reglamento de la Ley N° 30225, “la obligación del contratista ejecutar el contrato con el personal propuesto”** considerando que el proyecto a ejecutarse es de **GRAN ENVERGADURA Y COMPLEJO** como se puede apreciar en el Contrato Gerencial N° 093-2016-GG-MPA ejecutada por el Consorcio Chumbao por la suma de las de S/44 000 000 (Cuarenta y cuatro millones de soles).

TAL ES ASI, que la Municipalidad Provincial de Andahuaylas protegiendo los enteres del Estado ha detectado que EL CONTRATISTA ha incumplido con la relación contractual de la Supervisión Adecuada del proyecto antes mencionado con Profesionales Técnicos propuestos en el Proceso de Licitación, sin embargo, ha procedido a realizando un cambio de profesionales unilateralmente en la supervisión **sin contar con el perfil requerido estipulado en las bases de la Licitación Pública y el Contrato respectivo**, menor hay sin comunicar expresamente dicho cambio unilateralmente, es así que en la **supervisión se ha realiza deficientemente e incumplimiento sus obligaciones contractuales**; SE LE COMUNICA TAL INCUMPLIMIENTO AL CONSORCIO CHIHUANPATA con fecha 21 de Julio de 2017 con asunto **“INCUMPLIMIENTO DE PERSONAL PROPUESTO DE LA SUPERVISION DURANTE LA EJEUCION DE OBRA”** a lo cual el Consorcio Chihuampata, frente a la misiva no ha responder, ni supo cambiar staff de profesionales, motivo que ha generado que la municipalidad le ha resultado el contrato. Siendo el contratista, el responsable de la Supervisión de la Obra, también ha abandonado su cumplimiento de obligaciones contractuales, **hechos que motivo que en la visita realizada por la Municipalidad y autoridades, no se le ha ubicado en el lugar de Ejecución de la Obra, dejando constancia de ello**, tal como se puede acreditar con el acta realizada por el representante del Ministerio Público.

MOTIVOS SUFICIENTES PARA LA MUNICIPALIDAD PROVINCIAL DE ANDAHUAYLAS de conformidad al art. 168 inc. 1 y 2 del Reglamento del Decreto Legislativo N° 1017, aprobado por Decreto Supremo N° 184-2008-EF:

“La entidad podrá resolver el contrato, de conformidad con el inc. C del Art. 40 de la Ley, en los casos en que el Contratista: 1.- Incumpla injustificadamente obligaciones contractuales, legales, o reglamentarias a su cargo, pese haber sido requerido para ello. 2.- haya llegado a acumular el monto máximo para otras penalidades, en la ejecución de la prestación a su cargo.

Lo que se puede establecer que la Carta Notarial N° 1051 de fecha 19 de junio del 2018, ha generado la culminación de la relación contractual con la Municipalidad, por el incumplimiento del contrato del Consorcio Chihuampata.

2.- DE LA SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL:

Que, el contratista manifiesta, que se pague concepto de indemnización de daños y perjuicios en el monto S/100,000.00 (cien mil soles)

Al respecto manifestamos lo siguiente:

Que, se declare improcedente, la pretendida pretensión desproporcional, en razón quien a generado la resolución contractual es el Consorcio Chihuampata, al variar su staff de profesionales sin los requisitos, experticia y perfil para este tipo de supervisiones, empero a las exigencias normativas de cumplir con la personal propuesto está a incumplido en estricto su relación contractual, lo que ha generado que se le remita la Carta Notarial N° 1051 de fecha 19 de Junio del 2018, comunicando la culminación de la relación contractual con la municipalidad por el incumplimiento del contrato el Consorcio Chihuampata.

Por otro lado, no se puede pagar una indemnización al consorcio, quien ha sido el generador del incumplimiento del contrato, sino por el contrario la entidad debió de aplicar el máximo de las penalidades o lo efectos que contrae el primero párrafo del art. 170 del Reglamento del D. Leg. 1017, tanto más que él no se acreditado con ningún medio probatorio supuestos perjuicio sufridos, sino por el contrario al incorporar profesionales sin la experticia necesario ha generado pasar muchos errores y defectos en la ejecución de la obra, la misma que se encuentra en investigación fiscal por delitos de colusión agravada, negociación incompatible, por lo que pido se declare improcedente dicha pretensión.

3.- DE LA TERCERA PRETENSIÓN PRINCIPAL

Que, el contratista manifiesta, el pago de costas y costos del proceso arbitral.

Al respecto manifestamos lo siguiente

El pago de las costas y costos se realice por la parte vencida, que esperamos que será el consorcio Chihuampata con sus múltiples incumplimientos contractuales realizados.

PEDIDO ADICIONAL DE RECONVENCIÓN

III.- OTROSI DIGO.- PRETENSIÓN PRINCIPAL:

1.- PETITORIO.- Que, a amparo del art. 2 de la Constitución Política del Estado, punto 26 y 27 del acta de instalación arbitral, **SOLICITO LA RECONVENCION**, en base a los siguiente pretensión:

1.1.- PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL:

Que se declare consentida la Resolución de Contrato N° 097-2016-GG-MPA de fecha 23 de febrero 2016.

1.2.- SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL:

Que, se pague una penalidad ascendiente al 10% del valor de la obligación contractual.

1.3.- TERCERA PRETENSIÓN PRINCIPAL

Que, se pague una indemnización por daño moral y daño patrimonial ascendiente a S/200 000.00 ((Doscientos Mil Soles).

1.4.- CUARTA PRETENSIÓN PRINCIPAL

Que, se pague una LAS COSTAS Y COSTOS DEL PROCESO ARBITRAL previa liquidación a cuenta del Estado-Municipalidad.

FUNDAMENTOS DE HECHO DE LA PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL:

LA MUNICIPALIDAD PROVINCIAL DE ANDAHUAYLAS, en cumplimiento del art. 193 del Reglamento del D.Leg. 1017 Ley de Contrataciones del Estado, aprobado por D.Sup. N° 184-2008-EF, concordante con el art. 160 del Reglamento de la Nueva Ley de Contrataciones del Estado N° 30225, luego de ganar la licitación pública, se formaliza contrato con el CONSORCIO CHIHUAMPATA mediante el Contrato Gerencial N° 097-2016-GG-MPA (suma alzada), gana y adquiere responsabilidad contractual en la **Consultoría de supervisión de Obra del Proyecto:** "MEJORAMIENTO Y AMPLIACIÓN DE LOS SISTEMAS DE AGUA POTABLE Y

ALCANTARILLADO DE LAS LOCALIDADES DE ANDAHUAYLAS Y TALAVERA DE LA PROVINCIA DE ANDAHUAYLAS Y REGION APURIMAC”, iniciada por la Municipalidad, a fin de que supervise y controle la ejecución de la obra, así como el CONSORCIO CHIHUAMPATA es el responsable de realizar la permanente supervisión velando el interés del Estado en el cumplimiento de las metas, y objetivos de la entidad, así como la correcta ejecución de la Obra lunes arriba descrita, motivo por el cual en las bases del proceso de LICITACIÓN POR CONCURSO PÚBLICO N° 001-2015-MPA en el punto 11 y el punto 14, así como en el art. 11 y 12 DE CONTRATO GERENCIAL N° 097-2016-GG-MPA, a vinculado a dicho consorcio a la exigencia legal que los profesionales propuestos, deben cumplir personalmente y OBLIGATORIAMENTE en realizar la Supervisión, empero cualquier variación o cambio de staff de profesionales debe de ser comunicado por escrito y ser aceptada mediante acto resolutivo u otros por la autoridad administrativa (Municipalidad), lo que no ha sucedido en el presente caso.

Que, la Municipalidad Provincial de Andahuaylas, en busca de un desarrollo eficaz para la sociedad ha procedido de licitar la contratación de supervisión de obra, la misma que ha protegiendo los Intereses del Estado ha detectado que EL CONTRATISTA ha incumpliendo con la relación contractual de la Supervisión Adecuada del proyecto antes mencionado con Profesionales Técnicos propuestos en el Proceso de Licitación, sin embargo, ha procedido a realizando un cambio de profesionales unilateral en la supervisión, sin contar con el perfil requerido estipulado en las bases de la Licitaciones Publica y el contrato respectivo, menor hay sin comunicar expresamente dicho cambio unilateral, es así que en la supervisión se ha realizado deficientemente e incumplimiento sus obligaciones contractuales; SE LE COMUNICA TAL INCUMPLIMIENTO AL CONSORCIO CHIHUAMPATA con fecha 21 de Julio de 2017 con asunto “**INCUMPLIMIENTO DE PERSONAL PROPUESTO DE LA SUPERVISIÓN DURANTE LA EJECUCIÓN DE OBRA**” a lo cual el consorcio Chihuampata, frente a la misiva no ha responder, ni supo cambiar staff de profesionales, motivo que ha generado que la Municipalidad le ha resuelto el contrato.

Siendo el Contratista, el responsable de la Supervisión de la Obra, también ha abandonado su cumplimiento de obligaciones contractuales, hechos que motivo que en la visita realizada por la Municipalidad y autoridades, no se le ha ubicado en el lugar de Ejecución de la Obra, dejando constancia de ello, tal como se puede acreditar con el acta realizada por el representante del Ministerio Público.

MOTIVOS SUFICIENTES PARA QUE LA MUNICIPALIDAD PROVINCIAL DE ANDAHUAYLAS de conformidad al art. 168 inc. 1 y 2 del Reglamento del Decreto Legislativo N° 1017, aprobado por Decreto Supremo N° 184-2008-EF:

“La entidad podrá resolver el contrato, de conformidad con el inc. C del Art. 40 de la Ley, en los casos en que el Contratista: 1.- Incumpla injustificadamente obligaciones contractuales, legales, o reglamentarias a su cargo, pese haber sido requerido para ello. 2.- haya llegado a acumular el monto máximo para otras penalidades, en la ejecución de la prestación a su cargo.”

Lo que se puede establecer en la Carta Notarial N° 1051 de fecha 19 de Junio del 2018, ha generado la culminación de la relación contractual con la Municipalidad, por el incumplimiento del contrato el Consorcio Chihuampata, por lo que corresponde **declarar consentida el Resolución de Contrato N° 097-2016-GG-MPA de fecha 23 de febrero 2016.** Se declare fundada nuestra demanda reconvencional, se adjunta como medio probatorio la carta notarial 1051.

FUNDAMENTOS DE LA SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL:

Que, conforme el contenido de la Carta Notarial N° 1051 de fecha 19 de Junio del 2018, ha generado la culminación de la relación contractual véase – **Contrato N° 097-2016-GG-MPA de fecha 23 de febrero 2016-**, en tanto el incumplimiento sea

atribuible a consorcio, se le aplique el máximo de la penalidades ascendiente al 10% del valor de la obligación contractual.

FUNDAMENTOS DE TERCERO PRETENSIÓN PRINCIPAL

Que, que los daños y perjuicios deben de asumirla el Consorcio Chihuampata por no cumplir los términos del contrato con responsabilidad deben pagar los daños que se detallan:

Nº	<i>Daño Emergente Monto</i>	<i>Concepto</i>	<i>Monto</i>
01	El daño emergente	Por el menoscabo a la imagen de la administración pública que ha sufrido daño o perjuicio ante la opinión pública por efecto de incumplimiento de contrato de parte de consorcio chumbao.	S/100.000.00

Como medio probatorio adjunto el Informe de Auditoria N° 101-2018-CG/CORREAB-AC "auditoria de cumplimiento MPA"

Nº	<i>Lucro Cesante</i>	<i>Concepto</i>	<i>Monto</i>
01	El lucro cesante	El dinero, a la ganancia, a la renta de auto-avalúos, que ha dejado de percibir la Municipalidad consecuencia del perjuicio o daño que se le ha causado.	S/100.000.00

Como medio probatorio adjunto el Informe de Auditoria N° 101-2018-CG/CORREAB-AC "Auditoria de cumplimiento MPA"

Nº	<i>Lucro cesante</i>	<i>Concepto</i>	<i>S/100.000.00</i>
Nº	<i>El daño emergente</i>	<i>Concepto</i>	<i>S/100.000.00</i>

Total: S/200.000.00 soles

Como medio probatorio adjunto el Informe de Auditoria N° 101-2018-CG/CORREAB-AC "auditoria de cumplimiento MPA"

FUNDAMENTO DE LA CUARTA PRETENSIÓN PRINCIPAL

Que, seguros que la instancia orbital ampare nuestra pretensión reconvenzional, debe de obligarse a que pague las costas y costos del proceso arbitral previa liquidación a cuenta del Estado-municipalidad, al demandando consorcio chihuampata."

VII. CONTESTACIÓN DE LA RECONVENCIÓN

Con fecha 03 de julio de 2019, el Consorcio Chihuampata contestó la reconvencción de la Entidad, en los siguientes términos:

"(...)

I.- SOBRE LA PRIMERA PRETENSIÓN:

La Entidad tiene como primera pretensión de su reconvencción que se declare consentida la RESOLUCIÓN DE CONTRATO N° 097-2016-GG-MPA de fecha 23 de febrero de 2016.

Al respecto, debemos señalar que es imposible que se declare consentida la

RESOLUCION DE CONTRATO N° 097-2016-GG-MPA- debido a que no existen medios probatorios algunos que demuestre que ha existido incumplimientos por parte de mi representada. La CARTA NOTARIAL, de fecha 19 de junio de 2018 que resuelve el contrato contraviene la Ley **DADO QUE EL PROCEDIMIENTO PARA LA APLICACIÓN DE PENALIDADES ESTABLECIDO EN LAS BASES INTEGRADAS, NO HA SIDO APLICADO POR LA ENTIDAD.**

A mayor abundamiento, decimos que la entidad no ha seguido el procedimiento debido, tanto para que se aplique la resolución del contrato como las penalidades porque si su Despacho puede revisar el día 21 de junio de 2018, la Entidad nos notifica la **CARTA NOTARIAL** comunicándonos que nos resuelve el CONTRATO N° 097-2016-GG-MPA por una acumulación máxima de penalidad. Basa su decisión en que mi representada no cumplió **con contar con el personal ofertado**, por la falta de presencia de los siguientes profesionales:

- Jefe de supervisión de obra: Ing. Carlos Arturo vives Arana.
- Supervisor de obra: Ing. Edert Vara Licon.
- Asistente de Supervisor de obra: Ing. Henry Huamán Santillana.
- Especialista en impacto ambiental: Ing. José Sebastian Huertas Polo.
- Especialista en estudio de suelos y geotecnia: Abel Martin Vargas Ruiz.
- Especialista en estructuras: Ing. Ricardo Ramón Oviedo.
- Especialista en Topografía: Hernán Camacho Flores.

No obstante, en la CARTA NOTARIAL remitida **no adjunta medio probatorio idóneo que demuestre que efectivamente los profesionales mencionados no han participado en la supervisión de la obra.** La entidad no ha adjuntado el cuaderno de obras, medio probatorio eficiente para conocer quienes supervisaron la obra y observaciones realizadas durante la supervisión. Es decir, no existe un documento de la obra que indique que la conducta a penalizar se cumplió.

Sobre este punto, es menester indicar que la entidad se limita a afirmar que mi representada no ha cumplido con el CONTRATO N° 097-2016-GG-MPA, por la cual debe ser resuelto y pagar las penalidades. Sin embargo, de la revisión de la página 36 de las bases integradas, solo se tipifica como supuestos de "otras penalidades" los siguientes:

Cuadro de otras penalidades

N°	Concepto	Penalidad aplicable sobre monto contractual vigente
01	Cuando el supervisor no cuenta con elementos de seguridad necesaria y de identificación (Implementos de Protección o seguridad e identificación).	1%
02	Cuando el supervisor no realiza las pruebas y ensayos oportunos para verificar la calidad de los materiales y las dosificaciones	1%
03	Cuando presente requerimientos de los bienes y/o servicios, con el objeto de fraccionamiento.	2%
04	Cuando no se anoten las ocurrencias de manera oportuna, cronológica y ordenada en el cuaderno de obra, o se lleva registros con retrasos.	1%
05	Cuando el supervisor no presenta los informes mensuales y valorizaciones del mes, dentro de los plazos establecidos o presente con omisiones, incompletos o defectuosos.	1%

06	Cuando el supervisor presenta los informes mensuales y valorizaciones del mes, con omisiones, incompletos o defectuosos, con errores o valoriza metrados no ejecutados.	2%
07	Cuando no sea absuelta y regularizada cualquier partida de una valorización observada, en la valorización siguiente.	1%
08	En caso que la obra prolongue el plazo contratado injustificadamente y se demuestre que el supervisor no hizo los mayores esfuerzos (utilizar todos los medios administrativos, legales y técnicos a su alcance, incluyendo la participación directa de los directivos del Consultor) para el Contratista avance al ritmo ofertado.	2%
09	Cuando el supervisor no se encuentre en forma permanente en la obra, o se detecte la ausencia del supervisor durante el avance físico de la obra; ya que sus obligaciones es velar directa y permanentemente por la correcta ejecución de la obra, bajo responsabilidad.	1%

Tal como se puede ver, no existe dentro del cuadro de penalidades, en el cual se penalice la ausencia del Asistente del Supervisor de obra, Especialista en impacto ambiental, Especialista en estudios de suelos y geotecnia, Especialista en estructuras, Especialista en topografía.

Por otro lado, tampoco existe un informe que se nos haya notifica el cálculo de las penalidades, es decir mi representada una se le respecto el derecho de conocer cuál fue el cálculo por el cual la Entidad llego a la conclusión de que hemos acumulado supuestamente la máxima penalidad, cabe indicar que si se nos va aplicar una sanción de penalidades, por lo menos tenemos el derecho de saber y conoce el cálculo del monto para poder cuestionarlo. Esto recién lo han hecho cuando ya nos resolvió el contrato con su Carta notarial de fecha 19 de junio del 2018.

En nuestro caso, la entidad **NUNCA NOS NOTIFICÓ ANTES DE APLICAR LA PENALIDAD, UN INFORME DE QUE HEMOS INCURRIDO EN MÁXIMA PENALIDAD A FIN DE PODER HACER NUESTRO DESCARGO DE LEY.** En ese sentido, decimos que no se siguió el debido procedimiento para aplicarnos la máxima penalidad.

En ese sentido, pedimos a su digno Despacho debe tener presente que el artículo 166 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado estable que:

Artículo 166.- Otras penalidades

En las bases se podrán establece penalidades distintas a las mencionadas en al artículo precedente, siempre y cuando sean objetivas, razonables y congruentes con el objeto de la convocatorio, hasta por un monto máximo equivalente al diez por ciento (10%) del monto del contrato vigente o, de ser el caso, del ítem que debió ejecutarse. Estas penalidades se calcularán de forma independiente a la penalidad por mora.

Concordancia: LCE: Artículo 48º

Si bien la acumulación de penalidades es una potestad de la Entidad, esta se debe aplicar bajo ciertos parámetros **tales como la objetividad, razonabilidad y congruencia.**

Además, para la aplicación de estas "otras penalidades" se debe seguir el procedimiento previo establecido en las Bases integradas o en el Contrato.

En ese sentido, es una garantía para el contratista que las penalidades se establezcan bajo los parámetros de la objetividad, razonabilidad y congruencia, y que se cumpla con el procedimiento previo establecido en las Bases integradas o en el Contrato, a fin de evitar caer en la "arbitrariedad", toda vez que la aplicación de penalidades afecta gravemente el derecho adquirido de un contratista.

Por tanto, Señor Árbitro, **NOS OPONEMOS ROTUNDAMENTE A QUE SE NOS COBRE COMO PENALIDAD MÁXIMA**, sin tener los medios probatorios idóneos para acreditar que mi representada ha incurrido en penalidad durante la ejecución del contrato.

II.- SOBRE LA SEGUNDA PRETENSIÓN:

Que se pague una penalidad ascendente al 10% del valor de la obligación contractual. Al respecto, señalamos los mismos argumentos expuestos en el numeral I del presente escrito que resumimos de la siguiente manera:

- A) La Entidad no puede aplicarnos la penalidad por máxima acumulación porque NO HA CUMPLIDO CON SEGUIR EL DEBIDO PROCEDIMIENTO ESTABLECIDO EN LAS BASES INTEGRADAS, NO NOS HA NOTIFICADO PREVIAMENTE A APLICARNOS CUANDO DEBIÓ HACERLO.
- B) En el contrato y en las bases, no hay el supuesto de penalidad ante la ausencia del Asistente del Supervisor de obra, Especialista en Impacto Ambiental, Especialista en Estudios de Suelos y Geotécnia, Especialista en Estructuras, Especialista en Topografía.

Por lo expuesto, damos por respondida esta pretensión.

III. SOBRE LA TERCERA PRETENSIÓN:

La Entidad señala como tercera pretensión de su Reconvención que se pague una indemnización por daño moral y daño patrimonial ascendente a S/200 000.00 (Doscientos Mil soles). Al respecto, decimos que habiendo leído el escrito de la Entidad esta debe ser INFUNDADA, porque **NO ACREDITA COMO HA OCURRIDO DAÑO**.

Para que exista responsabilidad contractual, el factor de "antijuricidad" deber ser siempre típico. Es decir, la conducta que genera menoscabo debe encontrarse previsto en los supuestos de hechos normativos. En el presente caso, de la revisión de la página 36 de las bases integradas, no se tipifica como supuesto de "otras penalidades" lo que nos imputa la Entidad. Asimismo, la Entidad presente dos cuadros donde describe el daño emergente y lucro cesante, no obstante, no explica el nexo causal que ha generado el supuesto daño a la Entidad.

De forma escueta, en el daño emergente la Entidad alega que se ha dañado su imagen ante la opinión pública como efecto del incumplimiento contractual. No obstante, no ha acreditado la relación de causalidad entre el supuesto incumplimiento contractual de nuestra parte y el daño a la imagen que alegan, siendo que el nexo causal es el requisito indispensable para atribuirnos responsabilidad civil.

Respecto al lucro cesante, la Entidad señala que ha dejado de percibir dinero a consecuencia del perjuicio y el daño producido; no obstante, quien decidió resolver el contrato mediante infundios fue la propia Entidad, mi representada cumplió con cumplir con su obligación de la supervisión en todo momento.

En conclusión, la entidad pretende aprovecharse de la situación alegando daño que en su escrito de reconvención no ha demostrado.

IV. SOBRE LA CUARTA PRETENSIÓN:

Que se pague LAS COSTAS Y COSTOS del proceso arbitral previa liquidación cuenta del Estado-Municipalidad. Ante todo lo argumentado en el presente escrito, marcamos que el pago de Costas y Costos debe realizarlo la Entidad, pues sus pretensiones en todos los extremos son infundadas”.

VIII. DESISTIMIENTO DE PRETENSIONES RECONVENCIONALES POR PARTE DE LA ENTIDAD

Con fecha 24 de octubre de 2019, la Procuraduría Pública de la Municipalidad Provincial de Andahuaylas se desistió de la segunda y tercera pretensión reconvencional, solicitando que se prosiga el trámite arbitral con la pretensión reconvencional no económica y/o pretensión indeterminada contenida en la primera y cuarta pretensión reconvencional.

IX. PUNTOS CONTROVERTIDOS

- 9.1. En función a las pretensiones demandadas, en la Audiencia de Conciliación, Fijación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios (virtual) llevada a cabo el 15 de octubre de 2020, se fijaron los siguientes puntos controvertidos:

PUNTOS CONTROVERTIDOS DE LA DEMANDA

- 1. Determinar si corresponde o no declarar la nulidad y/o se deje sin efecto legal la resolución de contrato efectuada por la Entidad con la Carta de fecha 19 de junio de 2018, porque contravendría la Ley al no haberse seguido el procedimiento debido tanto para que se aplique las penalidades como para la resolución del contrato, y como consecuencia de ello, determinar si corresponde o no dejar sin efecto legal y/o se declare nulo la acumulación de máxima penalidad, decretada por la Entidad en la Carta de fecha 19 de junio de 2018, debido a que la Entidad no tendría pruebas objetivas del hecho generador en que fundamenta la decisión de aplicar la máxima acumulación de penalidades y porque no se habría cumplido el procedimiento previo establecido en el Contrato y los documentos del procedimiento de selección para ser aplicadas.*
- 2. Determinar si corresponde o no que en aplicación del artículo 170 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, se ordene a la Entidad que pague a favor del Consorcio Chihuampata por concepto de indemnización por daños y perjuicios irrogados el monto de S/100,000.00 (Cien mil y 00/100 Soles).*
- 3. Determinar si corresponde o no que se orden a la Entidad que pague las costas y costos que el presente proceso arbitral genere y todos los gastos que se generen a raíz del presente proceso arbitral.*

PUNTOS CONTROVERTIDOS DE LA RECONVENCIÓN

- 4. Determinar si corresponde o no que se declare consentida la resolución de Contrato N° 097-2016-GG-MPA de fecha 23 de febrero de 2016.*

5. *Determinar si corresponde o no se ordene el pago de las costas y costos del proceso arbitral, previa liquidación a cuenta del Estado – Municipalidad.*

X. ANÁLISIS DE LA MATERIA CONTROVERTIDA

Conforme a lo acordado en la Audiencia de Conciliación, Fijación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios (virtual) de fecha 15 de octubre de 2020, la enumeración de los puntos controvertidos allí establecidos es meramente ilustrativa, constituyendo una pauta referencial para el Árbitro, razón por la cual, este Árbitro Único considera pertinente efectuar el análisis de los puntos controvertidos de la siguiente manera:

“PRIMER PUNTO CONTROVERTIDO: Determinar si corresponde o no declarar la nulidad y/o se deje sin efecto legal la resolución de contrato efectuada por la Entidad con la Carta de fecha 19 de junio de 2018, porque contravendría la Ley al no haberse seguido el procedimiento debido tanto para que se aplique las penalidades como para la resolución del contrato, y como consecuencia de ello, determinar si corresponde o no dejar sin efecto legal y/o se declare nulo la acumulación de máxima penalidad, decretada por la Entidad en la Carta de fecha 19 de junio de 2018, debido a que la Entidad no tendría pruebas objetivas del hecho generador en que fundamenta la decisión de aplicar la máxima acumulación de penalidades y porque no se habría cumplido el procedimiento previo establecido en el Contrato y los documentos del procedimiento de selección para ser aplicadas.”

- 10.1 El contratista cuestiona la resolución de contrato realizada por la Entidad con la carta de fecha 19 de junio del 2018 por dos razones: **(i)** No haberse seguido el procedimiento debido para la aplicación de las penalidades, y **(ii)** no haberse seguido el procedimiento para la resolución del contrato; y asimismo, como consecuencia de lo anterior, solicita se deje sin efecto legal y se declare nulo la acumulación del máximo de penalidad.
- 10.2 De los argumentos expuestos en el escrito de demanda, el contratista manifiesta que la Entidad no tiene pruebas objetivas del hecho generador en que fundamenta su decisión de aplicar la máxima acumulación de penalidades, y además, indica que no se habría cumplido el procedimiento establecido en el contrato y en los documentos del procedimiento de selección para su aplicación.
- 10.3 El contratista menciona que no existen reportes, observaciones o reclamos, que acrediten o prueben de manera objetiva que se haya incurrido en la acumulación del máximo de penalidad.
- 10.4 Asimismo, el contratista señala que la causal que invoca la Entidad a fin de aplicar la penalidad es por la falta de personal mínimo ofertado y el supuesto abandono de obra, afirmando que estos supuestos no se encuentran detallados en forma taxativa en las 9 causales de aplicación de otras penalidades de las Bases Integradas, motivo por el cual argumenta que no correspondería que se les haya aplicado la máxima penalidad.
- 10.5 Por último, el contratista indica que no se ha notificado ningún informe de cálculo de penalidades. Asimismo, argumenta que se habría vulnerado el

principio de congruencia y el de razonabilidad previsto en el artículo 166 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

- 10.6 Por su parte la Entidad, en su escrito de contestación de demanda indica que el consorcio a través de sus profesionales propuestos, debe cumplir personal y obligatoriamente en realizar la supervisión, y cualquier variación o cambio del staff de profesionales debe ser comunicado por escrito y ser aceptada mediante acto resolutivo u otros por la autoridad administrativa, lo cual no ha sucedido en el presente caso. En atención a ello, la Entidad indica que se ha vulnerado el artículo 162 de la Ley 30225, esto es, la obligación del contratista de ejecutar el contrato con el personal propuesto.
- 10.7 La Entidad afirma que el contratista ha procedido a realizar un cambio de profesionales unilateralmente en la supervisión sin contar con el perfil requerido estipulado en las bases de la licitación pública y el contrato, como además no habría comunicado expresamente dicho cambio. En atención a ello, la Entidad manifiesta que le comunica el incumplimiento al contratista con fecha 21 de julio de 2017.
- 10.8 La Entidad también manifiesta que el contratista ha abandonado el cumplimiento de sus obligaciones contractuales, afirmando que no se le ubicó en el lugar de ejecución de obra, manifestando que se dejó constancia de ello en un acta realizada por el representante del Ministerio Público.
- 10.9 En atención a ello, la Entidad precisa como causales de la resolución del contrato el artículo 168 inciso 1 y 2 del Reglamento del Decreto Legislativo N° 1017 aprobado por Decreto Supremo N° 184-2018-EF, esto es por incumplimiento injustificado de obligaciones contractuales y por acumulación del monto máximo de penalidad.
- 10.10 En atención a los argumentos expuestos por ambas partes, este Árbitro Único procede a analizar los medios probatorios ofrecidos por las partes, entre estos, tenemos los siguientes:
- Carta notarial de fecha 19 de junio del 2018, notificada bajo puerta el 20 de junio del 2018: a través de este documento la Entidad comunica la resolución del Contrato Gerencial N° 097-2016-GG-MPA por acumulación del monto máximo de penalidad, en específico, por la aplicación de otras penalidades.
 - Las bases integradas del Concurso Público N° 01-2015-MPD-CE: Dicho documento es parte integrante del Contrato Gerencial N° 097-2016-GG-MPA, y donde se encuentran los supuestos de hecho que ameritan la aplicación de otras penalidades.
 - Informe de auditoría N° 101-2018-CG/COREAB-AC: Dicho informe corresponde a una auditoría de cumplimiento denominada "Expediente Técnico, Proceso de Contratación para la Ejecución y Supervisión de la Obra Mejoramiento y Ampliación de los Sistemas de Agua Potable y Alcantarillada de las localidades de Andahuaylas y Talavera del distrito y provincia de Andahuaylas", respecto del periodo 1 de enero de 2014 al 31 de julio de 2017.
 - Expediente de Contratación: De conformidad al anexo de definiciones del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, el expediente de contratación es el conjunto de documentos en el que aparecen todas las

actuaciones referidas a una determinada contratación desde la decisión de adquirir o contratar hasta la culminación del contrato, incluyendo la información previa referida a las características técnicas, valor referencia, la disponibilidad presupuestal y su fuente de financiamiento.

- 10.11 En la medida que en el presente contrato se discute la validez de la resolución de contrato practicada por la Entidad con la carta notarial de fecha 19 de junio del 2018, es necesario verificar si la citada resolución del contrato cumple con los requisitos y los procedimientos establecidas en la Ley de Contrataciones y su Reglamento, que le son aplicables al presente contrato.
- 10.12 Previo analizar el cumplimiento del procedimiento de resolución de contrato, es necesario precisar el marco normativo bajo el cual se rige el presente contrato, y esto se determina a partir de la fecha de la convocatoria del Concurso Público N° 01-2015-MPD-CE. En ese sentido, se precisa que la convocatoria del citado proceso de selección se realizó el 30 de diciembre del 2015, por tanto, siendo ello así, la norma aplicable⁴ es el Decreto Legislativo 1017, modificado por la ley 29873 (en adelante la ley) y el Decreto Supremo N° 184-2008-EF, modificado por el Decreto Supremo 138-2012-EF (en adelante el reglamento).
- 10.13 En concordancia con ello, es preciso mencionar que en el numeral 8 del Acta de Instalación de fecha 15 de abril del 2019, se estableció las “Reglas Procesales Aplicables” al presente proceso, en función a la norma vigente al momento de la convocatoria del proceso de selección del cual proviene el contrato materia de controversia, siendo ésta el Decreto Legislativo 1017, modificado por la ley 29873 (en adelante la ley) y el Decreto Supremo N° 184-2008-EF, modificado por el Decreto Supremo 138-2012-EF (en adelante el reglamento), conforme se señala a continuación:

REGLAS PROCESALES APLICABLES ⁴	
8.	Para el proceso arbitral, serán de aplicación las reglas procesales establecidas por las partes, la Ley de Contrataciones del Estado, aprobada mediante la Ley de Contrataciones del Estado -aprobada por Decreto Legislativo N° 1017 y modificada por Ley N° 29873, su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 184-2008-EF y modificado por Decreto Supremo N° 138-2012-EF, y las Directivas que apruebe el OSCE para tal efecto. Supletoriamente, regirán las normas procesales contenidas en el Decreto Legislativo N° 1071, Decreto Legislativo que norma el arbitraje.
9.	En caso de insuficiencia de las reglas que anteceden, el árbitro único queda facultado en todo momento para establecer las reglas procesales adicionales que sean necesarias, respetando el

³ Disposición aplicable para las controversias derivadas de los contratos que devienen de procesos de selección convocados a partir de la vigencia de la Ley N° 29873, que modifica la Ley de Contrataciones del Estado, aprobada por Decreto Legislativo N° 1017.

⁴ Las reglas procesales deberán ser adecuadas para cada caso en particular teniendo en consideración la norma vigente al momento de la convocatoria del proceso de selección del cual proviene el contrato materia de controversia.

- 10.14 Bajo esa línea de análisis, para el caso de la resolución de un contrato por parte de la Entidad, el artículo 168 del reglamento establece las siguientes causales: (i) incumplimiento injustificado de obligaciones contractuales legales o reglamentarias, pese a haber sido requeridas, (ii) cuando se haya llegado a

⁴ Ello de conformidad a lo previsto en el numeral 8 del acta de instalación del árbitro único AD HOC de fecha 15 de abril del 2019.

acumular el monto máximo de penalidad por mora o el monto máximo para otras penalidades, y (iii) cuando se paralice o reduzca injustificadamente la ejecución de la prestación, pese a haber sido requerido para corregir tal situación.

- 10.15 De la revisión de la carta notarial de la resolución de contrato de fecha 19 de junio de 2018, la Entidad sustenta su decisión de resolver el contrato bajo la causal de acumulación del monto máximo para otras penalidades; por lo que, siendo ello así, se debe verificar si el contratista ha incurrido en algún supuesto configurado como otras penalidades y si éstas han alcanzado el 10% del monto máximo del contrato.
- 10.16 El contratista ha citado el artículo 166 del reglamento, y a su vez cita el artículo 162 del reglamento de la Ley 30225 (Decreto Supremo N° 350-2015-EF). Así mismo se observa que la Entidad ha determinado la aplicación del supuesto de otras penalidades a partir de lo dispuesto en el cuarto párrafo del artículo 162 del reglamento de la ley 30225, la cual dispone la aplicación de una penalidad no menor a la mitad de una (0.5) UIT ni mayor de una (01) UIT por cada día de ausencia del personal de la obra
- 10.17 Sobre el particular, es necesario reiterar qué la normativa aplicable al presente contrato es el Decreto Legislativo N° 1017, modificado por la ley 29873 y el Decreto Supremo N° 184-2008-EF, modificado por el Decreto Supremo 138-2012-EF, y no la Ley 30225 ni su reglamento el Decreto Supremo N° 350-2015-EF; por tanto, no corresponde la aplicación de otras penalidades bajo el amparo del artículo 162 del reglamento de la ley 30225.
- 10.18 Sin perjuicio de lo anterior, en la medida que la Entidad ha sustentado su resolución de contrato bajo el supuesto de la acumulación del máximo de otras penalidades, es necesario advertir si en el presente caso, existen elementos suficientes que permitan verificar si el contratista ha incurrido en algún supuesto de aplicación de otras penalidades, y luego de ello, determinar si éstas alcanzaron el 10% del monto del contrato; ya que, de confirmarse este supuesto nos encontraríamos frente a la causal invocada en la carta notarial de fecha 19 de junio del 2018, esto es, la resolución del contrato por acumulación del monto máximo de las otras penalidades, la misma que de conformidad al artículo 169 del reglamento no sería necesario efectuar un requerimiento previo para su validez.

De la verificación del supuesto de aplicación de otras penalidades:

- 10.19 De la revisión de la carta notarial de fecha 19 de junio del 2018 se observa que la entidad decide resolver al contrato por la acumulación del monto máximo de otras penalidades, y ello en la medida que la Entidad manifiesta que el contratista habría realizado un cambio de profesionales unilateralmente en la supervisión, siendo que dichos profesionales no cumplían con el perfil establecido en las bases integradas, y no fueron autorizados por la Entidad. Además de ello, la Entidad señala que se habría producido el abandono de la obra.
- 10.20 Asimismo, del informe de auditoría presentado por la Entidad como medio probatorio, se observa que el contratista realizó la ejecución de la obra con personal distinto al propuesto, además de ello, en el citado informe de auditoría se señala que el órgano de control habría realizado visitas a la obra el 9 de

junio y el 5 de julio del 2017, manifestando que sólo se encontró al jefe de supervisión y al supervisor de obra, advirtiendo la ausencia de los demás profesionales propuestos por el contratista. Adicionalmente a ello, también se indica que mediante Acta N° 003-2017-CG/COREAB-AC-MPA del 21 de septiembre de 2017 y Acta N° 005-2017-CG/COREAB-AC-MPA del 27 de setiembre del 2017, se habría dejado constancia de la ausencia del personal propuesto por el contratista, y que éstas habrían sido suscritas por el supervisor de obra, afirmaciones que no han sido cuestionadas por el demandante.

- 10.21 En atención a lo advertido a partir del informe de auditoría, se puede observar que durante las visitas realizadas por la comisión auditora, éstas contaban con la presencia del supervisor de la obra y no con la presencia del personal propuesto de parte del contratista. En ese sentido, es necesario realizar la revisión de las bases integradas del Concurso Público N° 01-2015-MPD-CE, donde se observa en su página 36, los supuestos de aplicación de otras penalidades, la forma cómo se calcularían estos y el procedimiento a través del cual se realizaría su verificación:

14. OTRAS PENALIDADES		
Se aplicará según la evaluación de reportes, observaciones o reclamos, debidamente sustentada y comprobada por el funcionario competente. La penalidad será determinada aplicando un porcentaje sobre el monto contractual vigente, según el cuadro, la misma que será deducido del honorario mensual.		
Cuadro de otras penalidades		
N°	Concepto	Penalidad aplicable sobre monto contractual vigente
01	Cuando el supervisor no cuenta con elementos de seguridad necesaria y de identificación (Implementos de Protección o seguridad e identificación).	1%
02	Cuando el supervisor no realiza las pruebas y ensayos oportunos para verificar la calidad de los materiales y las dosificaciones.	1%
03	Cuando se presente requerimientos de los bienes y/o servicios, con el objeto de fraccionamiento.	2%
04	Cuando no se anoten las ocurrencias de manera oportuna, cronológica y ordenada en el cuaderno de obra, o se lleva registros con retrasos.	1%
05	Cuando el supervisor no presenta los informes mensuales y valorizaciones del mes, dentro de los plazos establecidos o presenta con omisiones, incompletos o defectuosos.	1%
06	Cuando el supervisor presenta los informes mensuales y valorizaciones del mes, con omisiones, incompletos o defectuosos, con errores o valoriza metrados no ejecutados.	2%
07	Cuando no sea absuelta y regularizada cualquier partida de una valorización observada, en la valorización siguiente.	1%
08	En caso que la obra prolongue el plazo contratado injustificadamente y se demuestra que el Supervisor no hizo los mayores esfuerzos (utilizar todos los medios administrativos, legales y técnicos a su alcance, incluyendo la participación directa de los directivos del Consultor) para que el Contratista avance al ritmo ofertado.	2%
09	Cuando el supervisor no se encuentra en forma permanente en la obra, o se detecte la ausencia del supervisor durante el avance físico de la obra; ya que su obligación es velar directa y permanentemente por la correcta ejecución de la obra, bajo responsabilidad.	1%

- 10.22 Del cuadro precedente, no se observa el supuesto de aplicación de penalidad relacionado a la ausencia del personal propuesto, o por la ejecución del contrato con personal distinto al propuesto sin contar con la autorización de la Entidad.
- 10.23 Sobre el particular, el artículo 166 señala que en *“las bases se podrán establecer penalidades distintas a la mencionada en el artículo precedente siempre y cuando sean objetivas, razonables y congruentes con el objeto de la convocatoria, hasta por un monto máximo equivalente del 10% del monto del contrato vigente (...)”*
- 10.24 En relación a ello, resulta pertinente citar la Opinión N° 023-2017/DTN de fecha 31 de enero de 2017, mediante la cual la Dirección Técnica Normativa del OSCE ha señalado lo siguiente:

“2.1 (...) De acuerdo con el artículo citado, la Entidad podía establecer, en las Bases el proceso de selección, penalidades distintas a penalidad por mora –entiéndase, “otras penalidades” – con la finalidad de desincentivar el incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista y resarcir posibles perjuicios que dicho incumplimiento le fuese a causar.

Dicha potestad debía ser ejercida observando, cuando menos, tres parámetros: la objetividad, la razonabilidad y la congruencia con el objeto de la convocatoria.

- (i) **La objetividad implicaba que la Entidad establezca de manera clara y precisa los tipos de incumplimiento que serían penalizados, los montos o porcentajes de la penalidad para cada tipo de incumplimiento, y la forma o procedimiento mediante el que se verificaría la ocurrencia de tales incumplimientos, según la naturaleza y características particulares de cada contratación;**
- (ii) Por su parte, la razonabilidad implicaba que cada uno de los montos o porcentajes de la penalidad que se aplicarían al contratista sean proporcionales a la gravedad y reiteración del incumplimiento.
- (iii) La congruencia con el objeto de la convocatoria implicaba que se penalizar el incumplimiento de alguna obligación comprendida o relacionada con el objeto de la convocatoria. (...)”

(...)

2.3 En virtud de lo expuesto, puede concluirse que, **para que proceda la aplicación de penalidades distintas a la penalidad por mora, las mismas debían estar contempladas en las Bases Integradas⁵ y/o en la proforma del contrato que forma parte de estas, en caso de no haberse previsto en ninguno de tales documentos, dichas penalidades no podían** ser incorporadas al momento de suscribir el contrato respectivo y, **menos aún, aplicarse al contratista durante la etapa de ejecución contractual.** (...)”
(Énfasis agregado)

⁵ De conformidad con el numeral 2) del Anexo Único del anterior Reglamento, Anexo de Definiciones, las Bases Integradas eran: *“las reglas definitivas del proceso de selección cuyo texto contempla todas las aclaraciones y/o precisiones producto de la absolución de consultas, así como todas las modificaciones y/o correcciones derivadas de la absolución de observaciones y/o del pronunciamiento del Titular de la Entidad o del OSCE; o, cuyo texto coincide con el de las bases originales en caso de no haberse presentado consultas y/u observaciones.”*

- 10.25 De igual manera, en la Opinión N° 031-2019/DTN de fecha 27 de febrero de 2019, la Dirección Técnica Normativa del OSCE indica que:

2.1.3. (...) Como se aprecia de dicho dispositivo -y en concordancia con el criterio contenido en la Opinión N° 105-2018/DTN-, la Entidad tiene la facultad de establecer en los documentos del procedimiento de selección la aplicación de “Otras penalidades”, distintas a la “penalidad por mora en la ejecución de la prestación” ; para lo cual, dicha Entidad debe: i) prever que tales penalidades sean objetivas, razonables, congruentes y proporcionales con el objeto de la contratación; ii) definir los supuestos que originarían su aplicación, los cuales deben ser diferentes al retraso o mora que regula el artículo 133 del Reglamento; iii) delimitar la forma de cálculo de la penalidad para cada uno de los supuestos que previamente hubiera definido; y, iv) establecer el procedimiento a través del cual verificará si se constituye el supuesto que da lugar a la aplicación de la penalidad.

(...)

2.1.4. Por lo expuesto, se advierte que para establecer la aplicación de “otras penalidades” –distintas al retraso o mora que reguló el artículo 133 del Reglamento- la Entidad debe observar los criterios previstos en el artículo 134 del Reglamento, cautelando que dichas penalidades cumplan con ser objetivas, razonables, congruentes y proporcionales con el objeto de la contratación. **De lo contrario, en caso las “otras penalidades” no cumplan con las condiciones establecidas para su aplicación, estas no resultarían aplicables al contratista.** (Negrita y subrayado agregado)

- 10.26 En ese orden de ideas, de la norma citada y las mencionadas opiniones del OSCE, queda claro que, para la aplicación de las otras penalidades, éstas deben estar establecidas de forma clara y expresa en las Bases Integradas y/o en la proforma del Contrato que forma parte de éstas, los tipos de incumplimiento que serán penalizados, ya que, de no ser así, no se cumpliría con el requisito de objetividad previsto en el artículo 166 del reglamento.
- 10.27 Conforme se puede observar del artículo 166 del reglamento, uno de los presupuestos para la aplicación de las otras penalidades es que éstas sean objetivas, lo cual implica que el supuesto de hecho a penalizar haya sido determinado de forma expresa y clara; por tanto, al no haberse regulado como un supuesto que amerite la aplicación de otras penalidades, la ausencia del personal propuesto o por la ejecución del contrato con personal distinto al propuesto y sin contar con la autorización de la Entidad, no corresponde la aplicación de las otras penalidades citadas en la carta notarial del 19 de junio del 2018.
- 10.28 Por otro lado, en relación al abandono de la obra, si bien es posible que dicha situación puede enmarcarse como un incumplimiento injustificado de obligaciones, o paralización injustificada de la ejecución de la prestación, se debe tener presente que para invocar estas causales de resolución de contrato, de conformidad a los artículos 168 y 169 del reglamento, previamente deben haber sido requeridas su cumplimiento mediante carta notarial, no advirtiéndose ello en el presente caso, ya que la Entidad manifestó en su propia carta notarial del 19 de junio del 2018, que no se realizó el apercibimiento de resolución de contrato, ya que la causal invocada es por la acumulación del monto máximo para otras penalidades.

Monto de Contrato. Que, el monto total acumulado de penalidades supera lo establecido por el Reglamento, por lo que se considera aplicar solo el monto máximo que establece el Reglamento, por la suma de S/. 119,611.21, por lo que al haberse acumulado la máxima penalidad, se resuelve el Contrato de Supervisan, sin efectuar el apercibimiento de resolución de contrato establecido en el tercer párrafo del Art. 169° del Reglamento.

Fuente: Carta Notarial de fecha 19 de junio de 2018 (Anexo de la contestación de demanda).

- 10.29 En atención a lo expuesto, corresponde dejar sin efecto las otras penalidades aplicadas con la carta notarial de fecha 19 de junio del 2018, toda vez que el supuesto de hecho respecto del cual se aplicó las otras penalidades no se encuentran regulados en las bases integradas ni en la normativa de contrataciones aplicable al presente contrato (Decreto Legislativo 1017, modificado por la ley 29873 y el Decreto Supremo N° 184-2008-EF, modificado por el Decreto Supremo 138-2012-EF); es decir, las penalidades aplicadas contravienen el artículo 166 del reglamento, al no haberse cumplido con el presupuesto de la objetividad.

Del monto máximo de aplicación para otras penalidades (10% del monto del Contrato):

- 10.30 Sobre el particular, el artículo 166 del reglamento, estipula que las otras penalidades podrán aplicarse hasta por un monto máximo equivalente al 10% (diez por ciento) del monto del contrato vigente; asimismo, se indica que estas penalidades se calculan de forma independiente a la penalidad por mora.
- 10.31 En atención a ello, y como se ha advertido en los párrafos precedentes, se ha dejado sin efecto la aplicación de las otras penalidades indicadas en la carta notarial de fecha 19 de junio del 2018, debido a que los incumplimientos penalizados por la Entidad no cumplían con el requisito de objetividad, esto es, no se encontraban tipificados en las Bases Integradas ni en la proforma del Contrato, contraviniendo así lo prescrito en el artículo 166 del reglamento.
- 10.32 En consecuencia, al no corresponder la aplicación de otras penalidades respecto de los incumplimientos penalizados por la Entidad (citados en la carta notarial de fecha 19 de junio del 2018), se concluye que no se ha alcanzado el monto máximo de las otras penalidades.

De la resolución de contrato y la aplicación del monto máximo para otras penalidades:

- 10.33 Conforme se ha expuesto de manera precedente, mediante la carta notarial de fecha 19 de junio de 2018, la Entidad resolvió el contrato por la acumulación del monto máximo para otras penalidades; sin embargo, en la medida que se ha determinado que no corresponde penalizar como otras penalidades los incumplimientos indicados por la Entidad en su carta notarial, y como consecuencia de ello, no se habría alcanzado el monto máximo para las otras penalidades (10%), se advierte que la causal de resolución de contrato invocada por la Entidad carece de sustento legal.
- 10.34 Por tanto, al no existir una causal válida en la resolución de contrato efectuada por la Entidad mediante la carta notarial de fecha 19 de junio de 2018, corresponde declarar la nulidad e ineficacia de la misma.

10.35 Por otro lado, si bien en la carta notarial de fecha 19 de junio de 2018, la Entidad indicó que el contrato de supervisión quedó resuelto por acumulación del monto máximo y también por un abandono de obra, respecto de esto último, se precisa que el abandono de obra podría llegar a enmarcarse en un incumplimiento injustificado de obligaciones, o paralización injustificada de la ejecución de la prestación, para lo cual se debe tener presente que para invocar estas causales de resolución de contrato, de conformidad a los artículos 168 y 169 del reglamento, previamente deben haber sido requeridas su cumplimiento mediante carta notarial, lo cual no ha sido practicado por la Entidad, más aún cuando en su propia carta notarial indicó que no era necesario realizar apercibimiento alguno.

10.36 En base al análisis y fundamentos desarrollados, este Árbitro Único determina declarar **FUNDADA** la primera pretensión principal del contratista, esto es: (i) declarar la nulidad e ineficacia de la resolución de contrato contenida en la Carta Notarial de fecha 19 de junio de 2018, y (ii) dejar sin efecto la aplicación del monto máximo para otras penalidades contenidas en dicho documento.

“SEGUNDO PUNTO CONTROVERTIDO: Determinar si corresponde o no que en aplicación del artículo 170 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, se ordene a la Entidad que pague a favor del Consorcio Chihuampata por concepto de indemnización por daños y perjuicios irrogados el monto de S/100,000.00 (Cien mil y 00/100 Soles).”

10.37 En relación con el presente punto controvertido, el contratista solicita como segunda pretensión principal el pago de S/100,000.00 (Cien mil y 00/100 soles) por concepto de indemnización de daños y perjuicios, producto de la resolución de contrato que ha practicado la Entidad.

10.38 El contratista solicita el pago de S/50,000.00 (Cincuenta mil y 00/100 soles) por daño emergente, y S/50,000.00 (Cincuenta mil y 00/100 soles) por lucro cesante.

10.39 Por su parte, la Entidad ha manifestado que es el contratista quién ha incurrido en incumplimiento del contrato, lo cual generó que se le remita la carta notarial de fecha 19 de junio del 2018 (resolución de contrato). Asimismo, indica que el contratista no ha acreditado el supuesto perjuicio sufrido, manifestando que se declare improcedente su pretensión.

10.40 En lo que respecta a la indemnización de daños y perjuicios, es preciso traer a colación el artículo 1985° del Código Civil, el cual establece lo siguiente:

“Artículo 1985°.- La indemnización comprende las consecuencias que deriven de la acción u omisión generadora del daño, incluyendo el lucro cesante, el daño a la persona y el daño moral, debiendo existir una relación de causalidad adecuada entre el hecho y el daño producido. El monto de la indemnización devenga intereses legales desde la fecha en que se produjo el daño.”

10.41 Ahora bien, respecto a la prueba de daños y perjuicios, el artículo 1331° del Código Civil, estipula lo siguiente:

“Artículo 1331°.- La prueba de los daños y perjuicios y de su cuantía también corresponde al perjudicado por la inejecución de la

obligación, o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso.” (Énfasis agregado)

- 10.42 Comentando dicho artículo, Beltrán Pacheco indica que “*En el presente precepto normativo tenemos que el sujeto acreedor en cumplimiento de la carga de la prueba que le compete cumplir, **tendrá que demostrar el daño tanto en su aspecto intrínseco como extrínseco**, es decir tanto en contenido como en cuantía o medida. **En el primero de los aspectos deberá acreditarse la afectación a un interés jurídico amparado por el ordenamiento jurídico y el tipo de afectación (clasificación del daño), mientras que en el segundo de los aspectos tendrá que acreditarse el monto o valoración del daño que el afectado calcule sobre la afectación de sus intereses patrimoniales y co patrimoniales.** La prueba o demostración del contenido del daño dependerá del tipo de afectación del interés objeto de tutela jurídica.”⁶ (El énfasis es nuestro).*
- 10.43 En ese sentido, para que un daño sea reparable o resarcible, no sólo deberá ser alegado por las partes, sino que el mismo debe ser cierto y debe ser debidamente probado.
- 10.44 La doctrina sostiene que el daño es “*el menoscabo que consecuencia de un acontecimiento o evento determinado sufre una persona ya en sus bienes vitales naturales, ya en su propiedad, ya en su patrimonio*”⁷. El incumplimiento de las obligaciones por dolo, culpa inexcusable o culpa leve origina la obligación de reparar integralmente el daño que se hubiera causado. Esto da lugar a que el acreedor perjudicado tenga derecho a que se le repare el daño ocasionado cuando se produzca una desviación del programa obligacional originario, pues “*quien incumple una obligación en forma absoluta o relativa, total o parcial, obra antijurídicamente pues contraviene los deberes que le atañen, derivados de un vínculo preexistente*”⁸
- 10.45 Además de que el daño sea susceptible de probanza debe relacionarse en el caso concreto con su cuantía, conforme expresa el profesor Alterini, el “daño debe ser cierto en cuanto a su existencia misma, esto es, debe resultar objetivamente probable”.⁹
- 10.46 Ahora bien, el doctor Felipe Osterling Parodi sostiene que “La indemnización, para ser completa, debe comprender todo lo necesario a fin de colocar al acreedor en la misma situación jurídica en que se encontraría si la obligación hubiese sido cumplida. Por eso, el acreedor tiene el derecho de exigir las pérdidas sufridas y las utilidades frustradas. Las pérdidas que sufre el acreedor como consecuencia de la inejecución de la obligación corresponden al daño emergente y las utilidades que deja de percibir, con motivo de la misma inejecución, corresponden al Lucro cesante. El daño emergente es el

⁶ Beltrán Pacheco, Jorge. Código Civil Comentado. Gaceta Jurídica, Segunda Edición, Lima 2007. Pág. 736.

⁷ Larenz, Karl. Derecho de Obligaciones. Revista de Derecho Privado. Tomo I. Madrid S.A. p. 193.

⁸ Pizarro, Ramón Daniel y Vallespinos, Carlos Gustavo. Instituciones del Derecho Privado. Obligaciones. Tomo 2. Hammurabi José Luis Depalma Editor. Buenos Aires, 1999. p.485.

⁹ Alterini, Aníbal Atilio y otros. *Derecho de las Obligaciones Civiles y Comerciales*. Editorial La Ley Buenos Aires, 1994. p. 259.

empobrecimiento del patrimonio del acreedor. El lucro cesante corresponde al legítimo enriquecimiento que se frustró. (...)”¹⁰ (énfasis agregado)

- 10.47 En atención a los argumentos descritos en los párrafos precedentes y los que obran en el expediente arbitral, este Árbitro Único es de la posición de que debe verificarse si efectivamente los daños invocados por el Contratista se encuentran debidamente acreditados.
- 10.48 Al respecto, este Árbitro Único procede a revisar los conceptos bajo los cuales el contratista solicita la indemnización de daños y perjuicios por una suma ascendente a S/100,000.00 (Cien mil y 00/100 soles).
- 10.49 En ese sentido, por concepto de daño emergente, el contratista solicita el pago de S/50,000.00 (Cincuenta mil y 00/100 soles), el cual se subdivide en dos conceptos:
- Pagos por tener el equipo mínimo solicitado en el contrato (S/ 25,000.00 soles).
 - Pagos al personal clave (S/ 25,000.00 soles).
- 10.50 Asimismo, por concepto de lucro cesante, el contratista solicita el pago de S/50,000.00 (Cincuenta mil y 00/100 soles), el cual se subdivide en dos conceptos:
- Monto que se proyectaba cobrar si se cumplía el contrato (S/ 25,000.00 soles).
 - Experiencia en obras que se proyectaba adquirir con este contrato y así aumentar su capacidad de contratación para poder presentarse en licitaciones públicas de montos mayores (S/ 25,000.00 soles).
- 10.51 En relación al daño emergente, el Árbitro Único verifica que no ha sido acreditado, esto es, el contratista no ha presentado y no ha hecho referencia a ningún medio probatorio que acredite los gastos realizados por los equipos mínimos que se establecía en el contrato, asimismo, tampoco ha acreditado los gastos en los que ha incurrido por el pago del personal clave.
- 10.52 Por otro lado, en relación al lucro cesante, se precisa que éstos tampoco han sido acreditados, esto es, el contratista no ha demostrado ni sustentado que con la ejecución del presente contrato se proyectaba cobrar la suma de S/25,000.00 soles; asimismo, tampoco ha sustentado ni acreditado la relación entre el aumento de la capacidad de contratación y los S/ 25,000.00 soles que solicita por dicho concepto.
- 10.53 Por las razones expuestas, corresponde declarar **INFUNDADA** la segunda pretensión del contratista, esto es, no corresponde ordenar a la Entidad el pago de la suma de S/100,000.00 soles por concepto de indemnización de daños y perjuicios.

¹⁰<http://www.osterlingfirm.com/Documentos/articulos/La%20indemnizacion%20de%20da%C3%B1os.pdf>

“CUARTO PUNTO CONTROVERTIDO: Determinar si corresponde o no que se declare consentida la resolución de Contrato N° 097-2016-GG-MPA de fecha 23 de febrero de 2016.”

- 10.54 En principio, es preciso mencionar que de acuerdo a lo establecido en los incisos 1 y 2 del artículo 39 de la Ley de Arbitraje, corresponde a cada una de las partes sustentar sus pretensiones y presentar los documentos que consideren pertinentes, así como alegar los hechos en que se fundamenta su posición.
- 10.55 Luego, en atención al presente punto controvertido, la Entidad ha indicado que el contratista no habría cumplido con sus obligaciones al haber procedido a realizar un cambio de profesionales de forma unilateral, sin contar con el perfil requerido que establecen las bases de la licitación pública y el contrato, además de ello, no comunicó este hecho a la Entidad.
- 10.56 Adicionalmente a ello, la Entidad afirma que ha quedado consentida la resolución del Contrato Gerencial N° 097-2016-GG-MPA.
- 10.57 Por su parte, el contratista manifiesta que el procedimiento para la aplicación de las penalidades establecidas en las bases integradas no ha sido aplicado por la Entidad. Asimismo, indica que la carta notarial de la resolución de contrato realizada por la Entidad, no adjunta medio probatorio idóneo que demuestre que efectivamente los profesionales mencionados no han participado en la supervisión de la obra, oponiéndose rotundamente a que se aplique la penalidad máxima.
- 10.58 Sobre el particular, debemos tener presente que la pretensión de la Entidad está relacionada a que se declare el consentimiento de la resolución del contrato que fue comunicada con la carta notarial de fecha 19 de junio del 2018; sin embargo, se advierte que la Entidad no ha argumenta cómo habría operado el consentimiento de su resolución de contrato. Sin perjuicio de ello, en la medida que la Entidad expresamente ha solicitado en su primera pretensión reconvencional se declare el consentimiento de la resolución del contrato, es importante corroborar si dicha resolución fue sometida a conciliación y/o arbitraje por parte del contratista dentro del plazo establecido en la ley.
- 10.59 En efecto, para determinar si la resolución de contrato practicada por la Entidad a través de la carta notarial de fecha 19 de junio de 2018, ha quedado consentida o no, es necesario verificar si la citada resolución del contrato fue sometida a controversia dentro del plazo de quince (15) días hábiles siguientes de comunica la resolución, de conformidad a lo previsto en el artículo 52.2¹¹ de la ley, en concordancia con el artículo 170¹² del reglamento.

¹¹ Artículo 52.- Solución de controversias

(...) 52.2 (...) para los casos específicos en los que la materia en controversia se refiera a (...), resolución de contrato, (...), se debe iniciar el respectivo procedimiento dentro del plazo de 15 días hábiles conforme a lo señalado en el reglamento (...). Todos los plazos previstos son de caducidad.

¹² Artículo 170.- efectos de la resolución

(...) Cualquier controversia relacionada con la resolución de contrato podrá ser sometida por la parte interesada a conciliación y/o arbitraje dentro de los quince (15) días hábiles siguientes de comunicar la resolución. **Vencido este plazo sin que se haya iniciado ninguno de estos procedimientos, se entenderá que la resolución de contrato ha quedado consentida.**

- 10.60 Del caso materia de análisis, se observa que la carta notarial de fecha 19 de junio del 2018, fue notificada al contratista el 20 de junio de 2018, conforme se desprende de la certificación realizada por el Notario Público, donde además se indica que el citado documento fue dejado bajo puerta, hecho que no ha sido cuestionado por el contratista.
- 10.61 Siendo ello así, el contratista tenía como plazo para iniciar el mecanismo de solución de controversias (conciliación o arbitraje) hasta el 11 de julio del 2018. De la revisión del Acta de Instalación del Árbitro Único Ad Hoc de fecha 15 de abril de 2019, se observa que el presente proceso arbitral inició el 10 de julio del 2018, esto es, la resolución de contrato practicada por la Entidad con la carta notarial de fecha 19 de junio del 2018, fue sometida a controversia dentro del plazo establecido en el artículo 170 del reglamento; por tanto, la citada resolución no ha quedado consentida.
- 10.62 Por las razones expuestas corresponde declarar **INFUNDADA** la primera pretensión reconvencional de la Entidad, esto es, no corresponde declarar el consentimiento de la resolución de contrato practicada por la Entidad con la carta notarial de fecha 19 de junio de 2018.

“TERCER PUNTO CONTROVERTIDO: Determinar si corresponde o no que se orden a la Entidad que pague las costas y costos que el presente proceso arbitral genere y todos los gastos que se generen a raíz del presente proceso arbitral.”

“QUINTO PUNTO CONTROVERTIDO: Determinar si corresponde o no se ordene el pago de las costas y costos del proceso arbitral, previa liquidación a cuenta del Estado – Municipalidad.”

- 10.63 El numeral 1) del artículo 72° del Decreto Legislativo N° 1071 – Decreto Legislativo que norma el Arbitraje, dispone que son los Árbitros quienes deben pronunciarse respecto de los costos del proceso arbitral.
- 10.64 Para tales efectos, y conforme señala el numeral 1) del artículo 73° de la citada norma, los Árbitros deben tener en cuenta, lo pactado en el convenio arbitral; en su defecto, en caso no se hubiera delimitado pacto alguno, en este extremo, los costos del arbitraje serán de cargo de la parte vencida. No obstante, los Árbitros podrán distribuir y prorratear los costos y gastos arbitrales, de manera razonable y equitativa entre las partes; teniendo en consideración las circunstancias de cada caso.
- 10.65 En el presente caso, y de la revisión del convenio arbitral celebrado entre ambas partes, se advierte que éstas no han convenido y/o acordado nada respecto a los costos del arbitraje; motivo por el cual corresponde que, la distribución de los mismos sea determinada por el Árbitro Único, de forma discrecional y bajo los criterios de razonabilidad, equidad y prudencia.
- 10.66 En esa medida, considerando que el resultado del arbitraje, desde el punto de vista del Árbitro Único, se puede advertir que ambas partes tuvieron motivos suficientes y atendibles para entrar en contienda; habida cuenta que sus posiciones resultan atendibles en la vía arbitral. Además, atendiendo el comportamiento procesal que las partes han demostrado, **corresponde disponer que ambas partes asuman de manera equitativa los costos del presente arbitraje.**

- 10.67 Bajo este contexto, y de la revisión de todos los actuados en el presente proceso arbitral, se advierte que los gastos arbitrales fueron fijados mediante **liquidaciones separadas**.
- 10.68 En efecto, mediante la Resolución N° 9 del 12 de setiembre del 2019, el Árbitro Único dispuso la realización de liquidaciones separadas, a fin de que cada parte asuma el costo de los gastos arbitrales en función a las pretensiones que han formulado en el proceso. Así pues, se estableció que los honorarios de las pretensiones de la demanda deberán ser cubiertas íntegramente por el Contratista; en tanto que los honorarios por las pretensiones de la reconvencción de la Entidad deberán ser asumidas íntegramente por la misma.
- 10.69 En mérito de ello, en la Resolución N° 9, se estableció el anticipo de honorarios profesionales por las pretensiones de la demanda, los cuales fueron pagados íntegramente por el Consorcio Chihuampata, según se da cuenta en la Resolución N° 11 del 18 de octubre del 2019.
- Asimismo, mediante Resolución N° 14 de fecha 06 de diciembre de 2019, se estableció el anticipo de honorarios profesionales por las pretensiones de la reconvencción de la Entidad, los cuales fueron pagados integrante por ésta, conforme se da cuenta en la Resolución N° 20 del 21 de setiembre del 2020.
- 10.70 Estando a ello, el Árbitro Único dispone que cada parte asuma los honorarios de las liquidaciones separadas fijadas por el Árbitro Único mediante las Resoluciones N° 9 y 14; así como, sus propios costos y costas en los que incurrieron o debieron incurrir como consecuencia del presente arbitraje. En consecuencia, la tercera pretensión principal del contratista y la segunda pretensión de la reconvencción de la Entidad son **INFUNDADAS**.

LAUDO:

El Árbitro Único, en función del análisis efectuado, en **DERECHO**, procede a laudar en los términos siguientes:

PRIMERO: Declarar **FUNDADA** la primera pretensión principal del demandante, en consecuencia, se declara la nulidad e ineficacia de la resolución de contrato contenida en la Carta Notarial de fecha 19 de junio de 2018, y se deja sin efecto la aplicación del monto máximo para otras penalidades contenidas en dicho documento.

SEGUNDO: Declarar **INFUNDADA** la segunda pretensión principal del demandante, esto es, no corresponde ordenar a la Entidad el pago de la suma de S/100,000.00 (Cien mil y 00/100 soles) por concepto de indemnización de daños y perjuicios.

TERCERO: Declarar **INFUNDADA** la primera pretensión reconvenzional de la Entidad, esto es, no corresponde declarar el consentimiento de la resolución de contrato practicada por la Entidad con la carta notarial de fecha 19 de junio de 2018.

CUARTO: Declarar **INFUNDADAS** la tercera pretensión principal del demandante y la segunda pretensión reconvenzional de la Entidad; en consecuencia, **ESTABLECER** que cada parte asuma los honorarios de las liquidaciones separadas fijadas por el Árbitro Único; así como, sus propios costos y costas en los que incurrieron o debieron incurrir como consecuencia del presente arbitraje.

QUINTO: AUTORIZAR a la Secretaría Arbitral a remitir al OSCE dentro del quinto día copia del presente Laudo.



DENNIS ITALO ROLDAN RODRÍGUEZ
Árbitro Único