



Laudo de Derecho

Caso Arbitral: MUNICIPALIDAD PROVINCIAL DE URUBAMBA – MAGNO
CONTRATISTAS GENERALES S.A.C

ARBITRO ÚNICO

Roberto Mario Durand Galindo.

Expediente N° 005-2021/ARKADIA

MAGNO CONTRATISTAS GENERALES S.A.C.

vs.

MUNICIPALIDAD PROVINCIAL DE URUBAMBA

LAUDO ARBITRAL

Resolución N° 17

Árbitro Único

Roberto Mario Durand Galindo

Secretaría Arbitral

Zulmira Beizaga Robles

Cusco, 05 de enero de 2023

LAUDO ARBITRAL

LAUDO ARBITRAL DE DERECHO DICTADO EN EL ARBITRAJE SEGUIDO POR MAGNO CONTRATISTAS GENERALES S.A.C CONTRA LA MUNICIPALIDAD PROVINCIAL DE URUBAMBA, ANTE ARBITRO ÚNICO.

Resolución N° 17

Cusco, 05 de enero de 2023

VISTOS:

I. LAS PARTES, EL CONTRATO Y LA EXISTENCIA DE UN CONVENIO ARBITRAL

1. Con fecha 21 de agosto de 2020, MAGNO CONTRATISTAS GENERALES S.A.C. (en adelante, CONTRATISTA, o DEMANDANTE) y LA MUNICIPALIDAD PROVINCIAL DE URUBAMBA (en adelante, LA MUNICIPALIDAD, ENTIDAD o DEMANDADO), suscribieron el Contrato N° 019-2020-MPU, para la CONTRATACIÓN DEL SERVICIO DE EJECUCIÓN DEL MANTENIMIENTO PERIÓDICO Y RUTINARIO DEL CAMINO VECINAL: "CACHICATA - PUENTE CHILCA; URUBAMBA - CUSCO", (en adelante, EL CONTRATO), por el monto contractual de S/. 668,265.92 (Seiscientos sesenta y ocho mil, doscientos sesenta y cinco con 92/100 soles).
2. De acuerdo con la Cláusula Décima Séptima: Solución de Controversias del CONTRATO, las partes acordaron lo siguiente:

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

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

Facultativamente, cualquiera de las partes tiene derecho a solicitar la conciliación en el plazo de caducidad correspondiente, según lo señalado en el artículo 224º del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, sin perjuicio de recurrir al arbitraje, en caso no se llegue a un acuerdo entre ambas partes o se llegue a un

acuerdo parcial. Las controversias sobre nulidad solo pueden ser sometidas a arbitraje.

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

3. En atención a ello, de conformidad con la citada cláusula del CONTRATO, queda establecida la competencia del Árbitro Único para avocarse al conocimiento y resolución del presente conflicto, al haberse verificado los alcances del convenio arbitral suscrito entre el CONTRATISTA y la ENTIDAD. Cabe señalar que, durante el proceso, ninguna de las partes ha planteado ningún tipo de objeción o cuestionamiento a dicha competencia arbitral.

II. INSTALACIÓN DEL ARBITRAJE

4. En fecha 15 de octubre de 2020, se llevó a cabo la Audiencia de Instalación del Presente Arbitraje, oportunidad en la que el Arbitro Único declaró haber sido debidamente designado, de conformidad al convenio arbitral, a lo dispuesto en el Decreto Legislativo N° 1071, al Reglamento Procesal de Arkadia Centro de Arbitraje y Conciliación y a la manifestación de voluntad de las partes, ratificando su aceptación al cargo y señalando que no tienen ninguna incompatibilidad ni compromiso alguno con las partes.

- III. Considerando la fecha de convocatoria del proceso de selección, de la cual se deriva el CONTRATO, es de aplicación para la resolución de la presente controversia, el Texto Único Ordenado de la Ley de Contrataciones del Estado N° 30225, aprobado mediante Decreto Supremo N° 082 – 2019 - EF (en adelante, TUO de la LEY), y su Reglamento aprobado mediante Decreto Supremo N° 344-2018-EF (en adelante, REGLAMENTO). Así como las disposiciones aplicables por las reglas del Proceso Arbitral, por el Reglamento Interno de Arkadia Centro de Arbitraje y Conciliación (en adelante, REGLAMENTO DE ACAC). En lo no regulado por el citado Reglamento, el

presente procedimiento se registró por el Decreto Legislativo N° 1071, Decreto Legislativo que norma el Arbitraje (en adelante LEY de ARBITRAJE).

IV. DE LA DEMANDA ARBITRAL

Con fecha 17 de diciembre de 2021, el CONTRATISTA presentó su escrito de demanda, en el que desarrolla los argumentos relacionados a las pretensiones presentadas.

III.1 Pretensiones:

PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL:

Que, el Árbitro Único ordene a la Municipalidad Provincial de Urubamba, realizar la devolución de la retención ilegal de la penalidad aplicada al Plan de Trabajo (Fase I) ascendente a la suma de S/. 1,252.99 (Un mil doscientos cincuenta y dos con 99/100 soles) y la Valorización N° 01 (mes de octubre de 2020 de la Fase II) ascendente a la suma de S/29,581.80 (veintinueve mil quinientos ochenta y uno con 80/100 soles); del Contrato N° 019 – 2020 -MPU.

SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL:

Que el Arbitro Único ordene al Demandado el pago de los intereses legales moratorios, por la demora en los pagos correspondientes al Contrato N° 019-2020-MPU.

TERCERA PRETENSIÓN PRINCIPAL:

Que el Arbitro Único ordene a La Municipalidad Provincial de Urubamba el pago de los gastos arbitrales, costos, costas y demás que irroque el presente proceso arbitral.

ANTECEDENTES GENERALES.

5. Refiere el CONTRATISTA que en fecha 21 de agosto de 2020, conjuntamente con el DEMANDADO suscribieron EL CONTRATO, por el monto contractual de S/. 668,265.92 (Seiscientos sesenta y ocho mil doscientos sesenta y cinco con 92/100 soles), y que comprendía dentro del mismo la ejecución de tres fases, de distinta naturaleza cada una: FASE I: Elaboración del plan de trabajo, FASE II: Mantenimiento Periódico, FASE III: Mantenimiento Rutinario.
6. Que, DEMANDADO contrató el servicio de un inspector, en el presente caso el Ing. Raúl Ademir Álvarez Flores, quien tiene la función de supervisar

(inspeccionar) la ejecución del CONTRATO; y que, representa a la ENTIDAD en la etapa de ejecución contractual, siendo que, por las funciones a su cargo, es el único que puede reportar y aplicar penalidad al CONTRATISTA, en tanto es el que se encarga de la inspección y verificación permanente de la calidad y cantidad de los materiales y equipos, así como el control físico de los mismos, presentando en los informes correspondientes, su inventario detallado y actualizado, informando al área usuaria de la Entidad, sobre la permanencia en el servicio de los equipos, maquinaria y personal contratado por la empresa ejecutora.

De la naturaleza del contrato

Fase I: Elaboración del Plan de Trabajo

7. El DEMANDANTE establece que la fase I del CONTRATO, obedece a la elaboración del plan de trabajo, que conforme los términos de referencia, dentro de su contenido debe: "(...) considerar que todas las actividades se ejecutarán sobre la plataforma existente, con la finalidad de garantizar un mejor servicio y recuperar las condiciones de la vía, no se realizarán mejoras en el diseño geométrico de la vía; asimismo, se deberá tener en cuenta que el tramo de la vía debe guardar correspondencia con los niveles de acabado, bombeo y peralte en cada empalme con la vía existente, de acuerdo al manual de mantenimiento y/o de conservación y las especificaciones técnicas generales para construcción de vías; el CONTRATISTA determinará y evaluará las canteras y puntos de agua a utilizar".
8. Asimismo, refiere que el plan de trabajo es similar a un expediente técnico, pero en el caso particular, determina las directrices para la ejecución del mantenimiento periódico y rutinario, teniendo la función de guía para la ejecución de las fases II y III del contrato; y que, para la elaboración de dicho plan de trabajo, el DEMANDADO determinó el plazo de ejecución de 20 días calendarios contados a partir del día siguiente de la suscripción del contrato, el trabajo entregado es un producto y es pasible de ser observado sobre el cual, levantadas las observaciones, se continúa con el trámite de conformidad y pago correspondientes.

Fase II: Mantenimiento Periódico

9. Por otra parte, el DEMANDANTE establece que la fase II del CONTRATO, corresponde a la intervención del camino vecinal Cachicata – Puente

Chilca, con equipo mecánico, cuyo resultado final es recuperar la transitabilidad de los caminos y tienen el propósito de recuperar o reponer las zonas afectadas de la vía y restablecer las características superficiales, de acuerdo a lo indicado en el Plan de Trabajo, el mismo que sirve de guía para la ejecución de actividades.

10. Que, para la ejecución de esta fase del contrato, el DEMANDADO determinó un plazo de ejecución de 90 días calendarios para entregar este producto, el cual, si bien se dispuso que se pagarían mediante valorizaciones mensuales, de acuerdo al avance de la ejecución del mantenimiento, el resultado esperado era culminar con la intervención de los 9,800 km de largo que tiene el mencionado camino vecinal. Es decir, en esta etapa de ejecución del contrato, la finalidad es entregar un producto, que es la intervención del camino vecinal con maquinaria pesada en sus 9.800 km de extensión según el plan de trabajo aprobado por la Entidad, teniendo en consideración el cronograma de ejecución del servicio, donde se indican las actividades a realizar en tiempos definidos.

Fase III: Mantenimiento Rutinario

11. Asimismo, el DEMANDANTE establece que la fase III del CONTRATO, corresponde a la intervención del camino vecinal Cachicata – Puente Chilca, principalmente con personal obrero, teniendo como objetivo de carácter permanente, conservar las condiciones de la vía contratada, llevándola a ejecutar el servicio de acuerdo con las actividades descritas en el Plan de Trabajo correspondiente a esta fase, como, por ejemplo: limpieza de cunetas, roce, bacheo, limpieza de plataforma, entre otras.
12. Es decir, a diferencia de las fases I y II del contrato que era entregar un producto en un plazo determinado, en esta etapa del contrato, la prestación es continua durante los 360 días que se estipuló en el contrato (cuya finalidad principal es mantener la óptima transitabilidad de la vía). Si bien el pago también se realiza mensualmente, las actividades son permanentes en el tiempo, y usualmente las valorizaciones mensuales a cancelar tienen los mismos montos. Asimismo, culminado el mantenimiento rutinario se entrega en un plazo de 05 días calendarios el inventario de condición vial, el cual tiene la naturaleza de ser un producto que tiene que ser entregado a la Entidad.

Sucesión de hechos materia de la controversia.

13. El DEMANDANTE, refiere que la valorización correspondiente a la Elaboración del plan de trabajo, fue abonada de manera parcial, de acuerdo al siguiente detalle:

PLAN DE TRABAJO	MONTO FACTURADO	MONTO ABONADO	SALDO POR PAGAR
	S/6,682.66	S/4,493.40	S/1,252.99

Y que la valorización correspondiente al mes de octubre 2020 (Fase II), también fue ABONADA DE FORMA PARCIAL, de acuerdo al siguiente detalle:

Nº DE VALORIZACION	MONTO FACTURADO	MONTO ABONADO	SALDO POR PAGAR
01- OCTUBRE 2020	S/137,395.42	S/88,578.08	S/29,581.80

14. Que, en fecha 16 de febrero de 2021, mediante Carta N° 02-2021-SMSG/RL-MCG-MU, el DEMANDANTE ha informado y solicitado al DEMANDADO, sobre los pagos parciales realizados, así como ha requerido el pago de los intereses legales moratorios por la falta de pago oportuno.
15. Mediante Carta N°11- SMSG/RL-MCG-MU, de fecha 12 de abril de 2021, el DEMANDANTE ha solicitado que el DEMANDADO cumpla con abonar la totalidad de los pagos, correspondientes al plan de trabajo, otorgándole un plazo de 05 días hábiles; tiempo en el que la ENTIDAD no ha cumplido con efectivizar tal requerimiento.
16. Que, mediante Carta N°008-2021-GA/MPU, de fecha 19 de abril de 2021, emitida por el Gerente de Administración de la ENTIDAD, en el que adjunta el Informe N°045-2021-MGM-UT/GA, emitido por la Jefe de la Unidad de Tesorería, indica que los saldos por pagar obedecen a penalidades impuestas según informes N°464 y 520-2020-UL-MPU-OVS de la Unidad de Logística; fecha a partir de la cual, se pone de conocimiento del CONTRATISTA la razón por que, se le ha realizado abonos inferiores a los facturados.
17. Posteriormente, se invitó al DEMANDADO a un proceso conciliatorio, siendo que, mediante Acta de Conciliación por falta de acuerdo N° 0137-2021-TRAHE, de fecha 30 de junio de 2021, se dio fin a la etapa conciliatoria.

FUNDAMENTOS DE HECHO Y DERECHO RESPECTO A LA PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL:

“Que, el Árbitro Único ordene a la Municipalidad Provincial de Urubamba, realizar la devolución de la retención ilegal de la penalidad aplicada al Plan de Trabajo (Fase I) ascendente a la suma de S/. 1,252.99 (un mil doscientos cincuenta y dos con 99/100 soles), la valorización N° 01 (mes de octubre de 2020 de la Fase II) ascendente a la suma de S/29,581.80 (veintinueve mil quinientos ochenta y uno con 80/100 soles); del Contrato N° 019 – 2020 - MPU”.

SOBRE LA PENALIDAD APLICADA A LA FASE I DEL CONTRATO: ELABORACIÓN DEL PLAN DE TRABAJO

18. Que, mediante Carta N° 03-2020-SMSG/RL-MCG-U, de fecha 10 de setiembre de 2020, se presentó el Plan de trabajo conforme indicaban los términos de referencia del CONTRATO; según las coordenadas UTM consignadas en el anexo N°6 de los términos de referencia, y dentro de los 20 días calendarios consignados en el contrato para este fin.
19. Mediante Informe N° 02-2020-RVG-SO-CACHITA PTE CHILCA, de fecha 12 de setiembre de 2020, la inspección del servicio, remite al DEMANDANTE, observaciones al plan de trabajo presentado.
20. Refiere que, con Carta N°05-2020-SMSG/RL-MCG-U, de fecha 15 de setiembre de 2020, se presentó el levantamiento de observaciones al Plan de trabajo presentado, dentro del plazo otorgado.
21. Con Carta N°07-2020-SMSG/RL-MCG-U, de fecha 24 de setiembre de 2020, el DEMANDANTE comunica al DEMANDADO que el Plan de Trabajo se ha elaborado de acuerdo a las coordenadas UTM indicadas en el anexo N°6 de los términos de referencia y que de la verificación en campo la longitud real es de 8.822km, inferior a la que el DEMANDADO considero en la convocatoria del proceso, ascendente a 9.800km, suponiendo que esta situación obedecía a un error material.
22. Señala que, mediante Carta N°19-2020-GI-MPU, de fecha 29 de setiembre de 2020, dirigida al inspector del servicio, la Gerencia de Infraestructura de la MUNICIPALIDAD indica coordenadas adicionales a las consignadas en los Términos de Referencia para ser incluidas dentro del plan de trabajo,

señalando: "Según el tramo de mantenimiento figura lo siguiente: Cachicata- Puente Chilca, y la longitud del servicio figura con una longitud de 9.800km, por lo cual se deberá contar como tramo de intervención del Puente Chilca hacia el Puente Cachicata, con las coordenadas consignadas en los términos de referencia y del desvío de este tramo con coordenadas (18L E:794567.51; S:8532877.82), hacia el centro poblado de Cachicata, llegando a completar la longitud total de: 9,800km.

23. Asimismo, refiere que, mediante Carta N° 04-2020-RAAF-SMPR-U, de fecha 29 de setiembre de 2020, el inspector del servicio, solicitó la modificación del plan de trabajo referido a la ubicación de progresivas de inicio y fin del tramo según lo dispuesto por el DEMANDADO, que cabe resaltar no estaban consignadas dentro de los términos de referencia, ANEXO 6; otorgando plazo para la modificación a la misma data, es decir el mismo día 29 de setiembre de 2020 para su entrega.
24. Por su parte, El CONTRATISTA resalta que, pese a que ya se había culminado con la etapa del levantamiento de observaciones, en aras de continuar con la ejecución del contrato sin mayores inconvenientes, en fecha 29 de setiembre del 2020, mediante Carta N°08-2020-SMSG/RL-MCG-U, presentó la modificación al plan de trabajo solicitado por el DEMANDADO dentro del plazo otorgado para ello. Posteriormente, mediante Carta N°09-2020-RAAF-SMPR-U, en fecha 30 setiembre de 2020, el inspector del servicio remite al DEMANDADO la aprobación del plan de trabajo.
25. Que, en fecha 26 de octubre de 2020, el Especialista Técnico y Monitor para el Servicio de mantenimiento de caminos vecinales en el marco del D.U. N°070- 2020 contratado por la MUNICIPALIDAD; emite el informe N°020-DGQ-AN.T-GI-MPU-2020, en el que manifiesta: "El contratista MAGNO SAC. Ha incurrido en RETRAZO INJUSTIFICADO EN LA ENTREGA DEL PLANA DE TRABAJO por un periodo de 15 días, los cuales tendrán que ser refrendados por el área legal de logística, ya que, la demora se debe a una consulta que debió ser efectuada antes de la culminación del periodo designado para la elaboración del plan de trabajo. ...". En fecha 27 de octubre de 2020 con informe N°1446-MPU-2020, el Gerente de Infraestructura de la Municipalidad Provincial de Urubamba, solicita el pago por la aprobación del plan de trabajo, basado en el informe N°020-DGQ-AN.T-GI-MPU-2020, indicando: "(...) Se debe considerar el cobro de penalidad por mora de 15 días de retraso injustificado."

26. Con informe N°464-2020-UL-MPU-OVS, emitido por la Unidad de Logística del DEMANDADO, señala que le ha aplicado ilegalmente, penalidad por mora en la ejecución del servicio por 15 días de retraso injustificado por un monto ascendente a S/668.27 (Seiscientos sesenta y ocho con 27/100 soles), tomando en consideración el Informe N°1446-GI-MPU-2020 emitido por el Gerente de Infraestructura, quien hace referencia al informe N°020-DGQ-AN.T-GI-MPU-2020, expedido por el especialista técnico y monitor del servicio. La mencionada penalidad ha sido deducida en la Unidad de Tesorería finalmente por un valor incluso superior al determinado por la Unidad de Logística, el mismo que asciende a S/1,252.99 (Un mil doscientos cincuenta y dos con 99/100 soles).
27. Al respecto, mencionan que la modificación al plan de trabajo solicitado por el DEMANDADO, no se encontraba contemplada dentro de los términos de referencia iniciales y conforme los documentos descritos, luego de ejecutada la FASE I del CONTRATO, se solicitó al DEMANDANTE ejecutar esta prestación adicional; la misma que accedieron a cumplir en aras de continuar la ejecución contractual sin mayores inconvenientes, pues el DEMANDADO varió el trazo inicial del camino vecinal consignado en el contrato.
28. Que, la prestación adicional solicitada por la MUNICIPALIDAD, generada por un error del mismo DEMANDADO (que no consideró las mencionadas coordenadas en los términos de referencia contenidos en el CONTRATO) generando que 14 días calendarios después del levantamiento de observaciones se realice la entrega de la versión modificada del plan de trabajo (del 16 de setiembre de 2020 al 29 de setiembre de 2020), no es responsabilidad del DEMANDANTE, mucho menos puede ser un periodo a penalizar, ya que, no estaba contemplada en mis obligaciones contractuales y más aun teniendo en consideración que la modificación fue solicitada por el inspector en fecha 29 de setiembre de 2020 y entregada en esa misma data, es decir la Entidad demoro 14 días en solicitar tal modificación y se me otorgo menos de 24 horas para realizar dicha modificación, y pese a haber cumplido con tal requerimiento dentro del plazo, la MUNICIPALIDAD ha considerado que tal retraso se debe a un error atribuible al DEMANDANTE.
29. Asimismo refieren que, el DEMANDADO ha manifestado que el retraso se debe a una consulta que no se realizó oportunamente, sin embargo refiere

que el DEMANDANTE no tenía por qué realizar consultas en la ejecución contractual en el entendido que los términos de referencia que incluye el CONTRATO se encontraban claros y determinaban mediante coordenadas UTM2 cuál era el trazo del camino vecinal; por tanto no existía necesidad de realizar ninguna consulta, tal es así, que el inspector del servicio al momento de realizar las observaciones al plan de trabajo presentado nunca manifestó la variación del trazo del camino vecinal pues ésta ya había sido claramente determinada en los términos de referencia.

30. Que, la penalidad por mora en la ejecución, solo se aplica cuando existe retraso injustificado en la ejecución de la prestación, mas no, cuando se trata de la ejecución de una prestación adicional, mucho menos se aplica penalidad cuando el retraso en la entrega del plan de trabajo se debe a un requerimiento extemporáneo de la MUNICIPALIDAD que no está contemplado en el CONTRATO; otorgando al DEMANDANTE menos de un día para su ejecución, periodo en el cual han cumplido con entregar la versión modificada del plan de trabajo.
31. Es decir, los 15 días de atraso a los que hace referencia EL DEMANDADO, contados a partir del 16 de setiembre al 29 de setiembre del 2020 (que en realidad son 14 días), han sido generados por el mismo DEMANDADO, quien ha requerido un pedido extemporáneo no contemplado en mis obligaciones contractuales.
32. En ese sentido, el DEMANDANTE solicita que el DEMANDADO devuelva el monto penalizado indebidamente, y cumpla con su obligación de abonar el pago total por la Fase I del CONTRATO, conforme lo establecido en el artículo 171 Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado mediante Decreto Supremo N°344-2018, ya que, el CONTRATISTA ha cumplido con presentar todos los documentos necesarios para que se efectúe el pago, sin embargo el DEMANDADO viene rehusándose a efectuar el pago completo.

SOBRE LA PENALIDAD APLICADA A LA VALORIZACION N°01-2020, FASE II DEL CONTRATO: MANTENIMIENTO PERIÓDICO

33. El CONTRATISTA refiere que, mediante Oficio N°030-GI-MPU-2020, de fecha 07 de octubre de 2020, se notifica la aprobación del Plan de Trabajo e inicio

de la fase II a partir del 08 de octubre de 2020; teniendo en consideración la cláusula quinta del contrato N°019-2020-MPU, el plazo de ejecución de la fase II era de 90 días calendarios, es decir hasta el 06 de enero de 2021, sin embargo el DEMANDANTE concluyó la ejecución de la Fase II del servicio en fecha 16 de diciembre de 2021, es decir; 21 días antes de lo programado.

34. Que, en fecha 17 de diciembre de 2020, se ha realizado la verificación de trabajos por parte del inspector del servicio, el mismo que realizó observaciones y otorgó el plazo de 10 días calendarios para su levantamiento.
35. Que, el 27 de diciembre de 2020, se culminó el levantamiento de observaciones por lo que en fecha 30 de diciembre de 2020, la inspección verificó el levantamiento de observaciones, suscribiéndose el acta de terminación en fecha 31 de diciembre de 2020.
36. Refieren que, durante la ejecución de la fase II se presentaron 3 valorizaciones mensuales, respecto de las cuales; la valorización N°01 correspondiente al mes de octubre 2020, presentada dentro del plazo otorgado para tal fin, mediante Carta N°12/2020-SMSG/RL-MCG-MU, de fecha 05 de noviembre de 2020, HA SIDO ABONADA DE FORMA PARCIAL.
37. Por otro lado, señalan que, según el informe N°520-2020-UL-MPU-OVS emitido por la Unidad de Logística de la MUNICIPALIDAD, se habría aplicado penalidad por mora en la ejecución de la prestación por un monto ascendente a S/29,581.80, en el mencionado informe se detalla lo siguiente:

"... en fecha 04 de diciembre de 2020, con informe de Hito de Control N°026-2020-OCI/0392-SCC, efectuado por el órgano de control Institucional de la Municipalidad Provincial de Urubamba, ...señala textualmente: "(...) Siendo así, con oficio N°030-GI-MPU-2020 del 07 de octubre de 2020, se comunicó al contratista la aprobación del plan, debiendo iniciar con la ejecución el 8 de octubre de 2020, conforme estipula la quinta cláusula del Contrato n°019-2020-MPU" el inicio del plazo de ejecución de la fase II se realizara el día siguiente de la comunicación de la aprobación del Plan de Trabajo." Sin embargo, con acta N°005-2020-OCI/MPU -SCC, de 19 de octubre de 2020, la Comisión de Control, identifico que el referido mantenimiento no viene siendo ejecutado, advirtiéndose que a la fecha de efectuada la visita

de inspección, este aún no había iniciado con la ejecución, incumplimiento que fue corroborado por propia manifestación de sus pobladores quienes afirmaron que los responsables del mantenimiento habían concurrido en una sola oportunidad, únicamente para colocado de letrero del mantenimiento de obra. En esta medida, con oficio N°019-2020-OCI/MPU- CC, de 21 de octubre de 2020, se requirió a la Gerencia de infraestructura, información respecto del retraso en la ejecución del mantenimiento, siendo así, con Informe N°1382,- GI-MPU-2020, el Gerente de Infraestructura, señalo que el 20 de octubre se ha realizado una visita al mantenimiento periódico y rutinario ya mencionado, encontrando al ejecutor en acomodo de la maquinaria, iniciando ese mismo día con la ejecución. No obstante, cabe precisar; que a la fecha de efectuada la visita de inspección a los trabajos de mantenimiento (19 de octubre de 2020), según consta en el acta n°05-2020-OCI/MPU-SCC, suscrita la misma fecha, se verificó que aún no se había dado inicio con la ejecución de los trabajos de mantenimiento, habiendo transcurrido 12 días calendarios desde la fecha en que debió iniciar (08 de octubre de 2020); por lo que, este incumplimiento conllevaría a la aplicación de penalidad por retraso injustificado, conforme establece la cláusula duodécima del contrato n°19- 2020-MPU de 21 de agosto 2020, situación que no fue advertida por el inspector del mantenimiento en cumplimiento de sus obligaciones contractuales".

38. Precisa que, la penalidad aplicada se estaría dando en atención a los hechos señalados en el informe del Hito de Control N°026-2020-OCI/0392-SCC, efectuado por el Órgano de control Institucional de la MUNICIPALIDAD, siendo así, señala lo siguiente:

- a. El inicio de ejecución de la fase II, se tenía que dar luego de la aprobación del plan de trabajo, es decir, a partir del 08 de octubre de 2020. Para la ejecución del servicio correspondiente a la Fase II, y que la DEMANDANTE ejecutó las labores conforme el Plan de trabajo aprobado en el que se cuenta con un cronograma de actividades a realizar.
- b. Asimismo, en el asiento N°13 del CONTRATISTA del cuaderno de ocurrencias, de fecha 08 de octubre de 2020, se ha indicado: "Se deja constancia que con fecha 08 de octubre de 2020, se está dando inicio a los trabajos de la fase II-Mantenimiento Periódico; que de

acuerdo a lo establecido en el contrato se inicia al día siguiente de la aprobación del Plan de Trabajo...", de igual manera el asiento N°14 del CONTRATISTA de la misma data, en el que se indica: "Se informa que el día de hoy 08.10.2020 se está procediendo a la colocación del cartel de obra, el concordancia al plan de trabajo aprobado." Y, principalmente, el asiento N°15 del inspector de la misma fecha, quien indica: "La inspección se presenta en el sector de intervención del Mantenimiento con el fin de verificar la presencia del contratista ejecutor y dar inicio a la fase II ...".

- c. Por otro lado, en fecha 14 de octubre del 2020, tuvieron una reunión con los funcionarios de la MUNICIPALIDAD (Gerencia Municipal y Gerencia de Infraestructura), en la cual se expuso que se estaban teniendo dificultades con la Disponibilidad de la Cantera del KM 04+380 (propuesta en el Plan de Trabajo Aprobado), ya que, la misma es una cantera privada y pertenece a varios hermanos, no pudiéndose concretar a esa fecha la aceptación y autorización de todos los propietarios para iniciar su explotación. No obstante, se les indicó también que mientras se buscaba una solución del problema de la Cantera, se venían desarrollando los trabajos preliminares, lo cual se verifica en los asientos N°16 y 17 del Contratista y asientos N°18 del Inspector en el Cuaderno de Ocurrencias; cumpliendo el Cronograma del Plan de Trabajo Aprobado.
- d. Posteriormente en fecha 19 de octubre del 2020, se puso en conocimiento a la Municipalidad Provincial de Urubamba (Gerencia de Infraestructura), que se contaba con la libre disponibilidad de la cantera KM 00-200 propiedad de la Comunidad de Cachicata, lo cual permite el inicio de su explotación y uso, contándose con el estudio de cantera correspondiente.
- e. En ese sentido en fecha 20 de octubre del 2020, se inician los trabajos en Cantera como es la preparación de material, así también se verifica en Obra la maquinaria respectiva (excavadora, volquetes, cisterna, motoniveladora), lo cual se verifica en los asientos N°21 del Contratista y N°22 del Inspector en el Cuaderno de Ocurrencias.
- f. En adelante los trabajos del mantenimiento periódico se han realizado de forma normal, lo cual se verifica en los asientos N°23, N°25, N°27 del Contratista y asientos N°24, N°26 y N°28 del Inspector en el cuaderno de ocurrencias, inclusive contando con mayor cantidad de maquinaria que la requerida del Plan de Trabajo.

39. Señala que, teniendo en consideración todos los hechos, se puede evidenciar que no hubo demora en el inicio de la ejecución del Mantenimiento Periódico, más al contrario, queda demostrado que los trabajos han iniciado el 08 de octubre del 2020 según lo establecido en el CONTRATO; si bien es cierto los trabajos de preparación de cantera empezaron el 20 de octubre del 2020, estos trabajos estaban dentro de lo previsto según la programación propuesta en el Plan de Trabajo; es más, es necesario mencionar que en el mes de Octubre (Informe Mensual de Octubre), se verifica un avance programado del 22.62% sin embargo tuvieron un avance real del 24.77%. Comprobándose así, un análisis equivocado del Órgano de Control de la MUNICIPALIDAD, quienes no han tomado en consideración los hechos antes señalados y han concluido que ha existido un retraso en la ejecución del mantenimiento.
40. Asimismo el DEMANDANTE refiere que en el informe emitido por la Unidad de Logística de la MUNICIPALIDAD aplicando penalidad se menciona: "... en fecha 04 de diciembre de 2020, por medio del informe N°035-DGQ-AN-T-GI-MPU-2020, EL ING. DIEGO GARCÍA QUISPE-ESPECIALISTA TÉCNICO DEL MONITOR PARA EL SERVICIO DE MANTENIMIENTO DE CAMINOS VECINALES EN EL MARCO DEL DU N°070-2020, en referencia a la Carta N°015-2020-SMSG/RL-MCG-MU, remite; DESCARGO AL HITO DE CONTROL N°26-2020-OCI/392-SCC Y CONFORMIDAD AL INFORME MENSUAL Y VALORIZACION N°01 "Contratación del servicio de ejecución del mantenimiento periódico y rutinario del camino vecinal, Cachicata -Puente Chilca; Urubamba -Cusco", en el que refiere en las conclusiones literalmente: "Del descargo presentado por el ejecutor del mantenimiento, sobre las situaciones adversas detectadas por la OCI, en el Hito de Control N°26-2020-OCI/392-SCC, así como las recomendaciones de los monitores de Provias Descentralizado Zonal Cusco, de cuyas visitas se realizaron sin movilidad provista por parte de la entidad. Para SERVICIO DE EJECUCIÓN DEL MANTENIMIENTO PERIÓDICO Y RUTINARIO DEL CAMINO VECINAL, CACHICATA -PUENTE CHILCA; URUBAMBA CUSCO, se tiene que no corresponde aplicar penalidad por las situaciones adversas estipuladas por la OCI...".
41. En el referido informe el Jefe de la Unidad de Abastecimiento también menciona: "... en fecha 04 de diciembre de 2020, con INFORME N°1927-GI-MPU- 2020, el Ing. Gorky Tupayachi Herrera- Gerente de Infraestructura de la MUNICIPALIDAD, en referencia al Informe N°035-DGQ-AN- T-GI-MPU-2020, REMITE CONFORMIDAD INFORME MENSUAL Y VALORIZACION 01, al Gerente de Administración de la Municipalidad Provincial de Urubamba, literalmente

señalando: Por medio del presente tengo a bien emitir la CONFORMIDAD AL INFORME MENSUAL Y VALORIZACION 01 del SERVICIO DE EJECUCIÓN DEL MANTENIMIENTO PERIÓDICO Y RUTINARIO DEL CAMINO VECINAL, CACHICATA -PUENTE CHILCA", con meta presupuestal N°160 la cual es correspondiente al mes de octubre del 2020, por lo que se emite la CONFORMIDAD del INFORME MENSUAL Y VALORIZACIÓN N° 01 Teniendo en cuenta esta conformidad se solicita que se continúen con los trámites correspondientes para el pago del servicio, aclarando que una vez en la oficina de logística se deberá adjuntar la orden de servicio por el monto de S/137,395.42 ... Teniendo en cuenta que la aplicación de penalidades en referencia a las situaciones adversas evidenciadas en el Hito de Control N°026-2020-OCI/0392- SCC, deberán aplicarse de acuerdo con el análisis del informe de la referencia".

42. Es decir que, en el informe de conformidad emitido por el Gerente de Infraestructura, señala que se deberán aplicar penalidades de acuerdo al informe N°035-DGQ-AN-T-GI-MPU-2020, emitido por el ESPECIALISTA TÉCNICO, quien ha mencionado que NO CORRESPONDE APLICAR PENALIDAD POR LAS SITUACIONES ADVERSAS ESTIPULADAS POR LA OCI; es decir, el Gerente de Infraestructura autoriza el pago total de la valorización sin aplicar penalidad, pese a esta situación la Unidad de logística ha penalizado al DEMANDANTE sin tener sustento para tal acción; indicando que existen las siguientes penalidades:

- Por ausencia de residente de servicio S/25,800.00, sin tomar en cuenta el procedimiento para tal acción, ya que, en la cláusula duodécima del contrato N°019-2020-MPU, determina que esta penalidad se aplica según lo informado por el inspector, y el inspector del servicio no ha reportado tal supuesto de aplicación de penalidad.
- Por mora en la ejecución del servicio S/29,581.80; pese a que no ha existido retraso injustificado en la ejecución de la prestación, como se ha demostrado esta se ha ejecutado según el plan de trabajo y se ha concluido con la fase II del contrato, 21 días antes del plazo previsto para tal fin, el cual obedecía a 90 días calendarios, y que, en el mes de octubre 2020, se verifica un avance programado del 22.62% (según el Plan de trabajo) empero, tuvieron un avance real del 24.77%.

43. El CONTRATISTA refiere que la ENTIDAD ha concluido indicando que se debe proceder con la aplicación de penalidad por S/82,013.62 en la conformidad de la Orden de Servicio N°0813- 2020, CORRESPONDIENTE AL PAGO DE LA VALORIZACION 01 DEL MES DE OCTUBRE; monto que resulta inconsistente del mismo análisis y que no correspondió aplicar de acuerdo a lo referido por el área usuaria; asimismo manifiesta en el numeral 3.2, lo siguiente: ".es importar enmarcar que el presente NO CUENTA CON EL INFORME del Ing. RAUL ADEMIR ALVAREZ FLORES-INSPECTOR DEL SERVICIO DE INSPECCION... y, que el cálculo de las penalidades fue efectuado por la UNIDAD DE LOGISTICA". Es decir, sin respetar las condiciones contractuales establecidas en el CONTRATO, para la correcta aplicación de penalidades, no se tomó en consideración la opinión de la inspectoría sobre el particular.
44. Por otro lado, refiere que, según la Dirección Técnico Normativa del OSCE, mediante OPINIÓN N° 174-2019/DTN, ha indicado: "Al respecto, debe mencionarse que la normativa de contrataciones del Estado establece que cuando el contratista incumple injustificadamente con sus obligaciones contractuales, la Entidad debe aplicarle las penalidades que correspondan, las cuales deben encontrarse previstas en el contrato y deben ser objetivas, razonables y congruentes con el objeto de la convocatoria. De esta manera, el artículo 162 del Reglamento establece que en caso de retraso injustificado del contratista en la ejecución de las prestaciones objeto del contrato, la Entidad le aplica automáticamente una penalidad por mora por cada día de atraso. Cabe precisar que la finalidad de la penalidad por mora es desincentivar el incumplimiento por parte del contratista del plazo de ejecución establecido en el contrato, así como resarcir a la Entidad por el perjuicio que dicho retraso le ocasione."
45. Señala que el DEMANDANTE no ha incurrido en retraso injustificado, en atención a que el servicio correspondiente a la FASE II ha sido ejecutado 21 días antes del plazo otorgado (Que ha generado beneficio al demandado y a la población beneficiaria de este mantenimiento, ya que, contaron con el camino vecinal en óptimas condiciones antes del plazo programado), por tanto, no se ha incurrido en mora, ni se ha generado perjuicio a la Entidad, más al contrario, en el mes de Octubre 2020 (Valorización penalizada), se verifica un avance programado del 22.62% (según el Plan de trabajo) empero, tuvieron un avance real del 24.77%, hecho que no ha sido valorado por el DEMANDADO al momento de aplicar penalidad.

46. Que siendo así, la penalidad aplicada no solo es insustentable e ilegal, sino que ha sido aplicada por órgano incompetente y sin tomar en consideración el pronunciamiento del área usuaria, las recomendaciones del monitor de Provías Descentralizado y mucho menos lo manifestado por el inspector del servicio.
47. El CONTRATISTA finaliza señalando que, corresponde que el DEMANDADO devuelva el monto penalizado indebidamente, y cumpla con su obligación de abonar el pago total por la valorización N°01 de la Fase II del contrato N°019-2020-MPU, conforme lo establecido en el artículo 171 Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado mediante Decreto Supremo N°344-2018, ya que, el DEMANDANTE habría cumplido con presentar todos los documentos necesarios para que se efectúe el pago, sin embargo la Entidad viene rehusándose a efectuar el pago, generándonos un grave perjuicio.

FUNDAMENTOS DE HECHO Y DERECHO RESPECTO A LA SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL:

“Que, el Arbitro Único ordene al Demandado el pago de los intereses legales moratorios, por la demora en los pagos correspondientes al Contrato N° 019-2020-MPU.”

48. El CONTRATISTA refiere que, la MUNICIPALIDAD ilegalmente le ha aplicado penalidad, pese a que este habría cumplido con realizar las prestaciones del CONTRATO dentro de los plazos contractuales y cumpliendo sus obligaciones plenamente, sin embargo la MUNICIPALIDAD habría demorado excesivamente en realizar el pago por las mismas y peor aun aplicando descuentos por penalidad, lo cual estaría generando graves perjuicios económicos y que además habilita su derecho de solicitar el pago de intereses legales moratorios.
49. Al respecto indica el CONTRATISTA que, ni el plan de trabajo (FASE I), ni la valorización correspondiente al mes de octubre (FASE II) del contrato, debieron ser pasibles de penalización, ya que, se trata de servicios efectivamente prestados y sobre los cuales existe plena conformidad sobre su ejecución y valorización por parte de la inspección del servicio; por tanto,

el demandado se encuentra obligado a cumplir con el PAGO TOTAL conforme lo establecido en el artículo 171 Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado mediante Decreto Supremo N°344-2018, ya que, el CONTRATISTA habría cumplido con presentar todos los documentos necesarios para que se efectúe el pago, sin embargo la Entidad viene rehusándose a efectuar el pago, generando un grave perjuicio.

50. Finaliza refiriendo que, el DEMANDADO viene incumpliendo lo dispuesto en el numeral 171.1 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado mediante Decreto Supremo N°344-2018, toda vez que la Entidad, ya que, tendría la obligación de cumplir con efectuar el pago DENTRO DE LOS 10 DÍAS CALENDARIO SIGUIENTES A LA CONFORMIDAD DEL SERVICIO; quedando expedito el derecho del CONTRATISTA, de solicitar el pago; obligación contractual que la ENTIDAD, pese a contar con la disponibilidad presupuestal desde el ejercicio 2020, viene incumpliendo de manera injustificada; sin considerar lo dispuesto en la cláusula cuarta del contrato N°019-2020-MPU y el artículo 171° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado; reservándonos el derecho de calcular los intereses moratorios al culminar el presente proceso arbitral, por lo que solicita QUE EL DEMANDADO SEA CONDENADO AL PAGO DE LOS INTERESES LEGALES MORATORIOS POR LA FALTA DEL PAGO OPORTUNO.

FUNDAMENTOS DE HECHO Y DERECHO RESPECTO A LA TERCERA PRETENSIÓN PRINCIPAL:

“Que, el Arbitro Único ordene a La Municipalidad Provincial de Urubamba el pago de los gastos arbitrales, costos, costas y demás que irroque el presente proceso arbitral.”

51. El DEMANDANTE considera que deberá tenerse en cuenta que, el actuar arbitrario del DEMANDADO y el irrazonable incumplimiento de sus obligaciones contractuales, lo ha obligado a tener que recurrir indefectiblemente a una defensa legal para la protección de sus intereses, así como a los diversos mecanismos de solución de controversias, por lo que solicita QUE EL DEMANDADO SEA CONDENADO AL PAGO DE LOS COSTOS Y COSTAS ARBITRALES QUE SE GENEREN A CONSECUENCIA DE LA PRESENTE CONTROVERSIA.

V. DE LA CONTESTACION DE LA DEMANDA

Con fecha 21 de febrero de 2021, el CONTRATISTA presentó el escrito con sumilla “*Se apersona y contesta demanda*”.

ANTECEDENTES GENERALES

52. El DEMANDADO hace mención que, a través del CONTRATO de fecha 21 de agosto del 2020, se realizó la “CONTRATACIÓN DE SERVICIO DE EJECUCIÓN DE MANTENIMIENTO PERIÓDICO Y RUTINARIO DEL CAMINO VECINAL: CACHICATA – PUENTE CHILCA, URUBAMBA – CUSCO”, con el CONTRATISTA, teniendo como monto contractual S/68,265.92 (Sesenta y Ocho Mil Doscientos Sesenta y Cinco con 92/100 soles).
53. Manifiesta que, el objeto del contrato, es la contratación del servicio de EJECUCIÓN DE MANTENIMIENTO PERIÓDICO Y RUTINARIO DEL CAMINO VECINAL: CACHICATA – PUENTE CHILCA, URUBAMBA – CUSCO, conforme a lo requerido por la Gerencia de Infraestructura.
54. Refiere que, la Cláusula Quinta del Contrato señala: “El plazo de ejecución del presente contrato será de cuatrocientos setenta y cinco (475) días calendario, siendo: Fase 1: el plazo de la elaboración del Plan de Trabajo será de veinte (20) días calendario, contados a partir del día siguiente de suscrito el contrato. Fase 2: El plazo de ejecución del mantenimiento periódico será de noventa (90) días calendario. El inicio del plazo de ejecución de la Fase II se realizará al día siguiente de la comunicación de la aprobación del Plan de Trabajo. (...)”.

CONTESTACION A LA PRIMERA PRETENSION DE LA DEMANDA

SOBRE LA PENALIDAD APLICADA A LA FASE I DEL CONTRATO.

55. Al respecto la ENTIDAD señala que, efectivamente LA EMPRESA habría presentado la Carta N° 03-2020-SMSG/RL-MCG-U de fecha 10 de setiembre de 2020, en el cual adjunta el Plan de Trabajo del Servicio de Ejecución de Mantenimiento Periódico y Rutinario del Camino Vecinal: Cachicata – Puente Chilca en 232 folio y un (01) CD; sin embargo, el Inspector Ingeniero Raul Ademir Alvarez Flores, mediante Informe N° 02-2020-RVG-SO-CACHICATA PTE CILCA, de fecha 12

de setiembre de 2020, realiza diferentes Observaciones al PLAN DE TRABAJO presentado por LA EMPRESA MAGNO CONTRATISTAS GENERALES S.A.C.; por lo que mediante Carta N° 05-2020-SMSG/RL-MCG-U, de fecha 15 de setiembre de 2020, LA EMPRESA MAGNO CONTRATISTAS GENERALES S.A.C. presenta el levantamiento de observaciones al plan de trabajo en mención, entregando un total de 237 folios y un (01) CD.

56. Refiere que por SEGUNDA vez el INSPECTOR, Ing. Raul Ademir Alvares Flores realiza el Informe de evaluación OBSERVANDO el Plan de Trabajo presentado por LA EMPRESA MAGNO CONTRATISTAS GENERALES S.A.C. por lo que emite el Informe N° 03-2020-RVG-SO-CACHICATA PTE CHILCA de fecha 22 de setiembre de 2020; a raíz de ello, mediante Carta N° 08-2020-SMSG/RL-MCG U el ejecutor del mantenimiento presenta el plan de trabajo al inspector teniendo en consideración la opinión emitida por la gerencia de Infraestructura, presentando el levantamiento de observaciones del plan de trabajo del Servicio de Ejecución de Mantenimiento Periódico y Rutinario del Camino Vecinal: Cachicata – Puente Chilca.
57. Que mediante Carta N° 09-2020-RAAF-SMPR, el inspector remite la APROBACIÓN del plan del plan de trabajo del Servicio de Ejecución de Mantenimiento Periódico y Rutinario del Camino Vecinal: Cachicata – Puente Chilca, a la Municipalidad Provincial de Urubamba en fecha 30 de Setiembre de 2020 con Exp. De Registro N° 6175.
58. Asimismo, precisa que, según CONTRATO, en la cláusula séptima: garantías, establece que “El Contratista entregó al perfeccionamiento del contrato la solicitud de retención del 10% de garantía de fiel cumplimiento (...) “de fiel cumplimiento del contrato: S/ 66, 826.59, a través de la retención que debe efectuar La Entidad, durante la primera mitad del número total de pagos a realizarse, de forma prorrateada, con cargo a ser devuelto a la finalización del mismo”. Por lo que, existe una interpretación errónea por parte del Contratista, respecto a la retención del monto de S/ 668.27 soles, ya que, esta pertenece a la retención del 10% del primer pago como garantía de fiel cumplimiento, mas no, de alguna aplicación de penalidad.
59. La ENTIDAD señala que respecto a la aplicación de la penalidad en referencia a la FASE I, claramente existe demora injustificada por el periodo de cuatro (4) días a la presentación del levantamiento de las observaciones, siendo así el monto a penalizar de S/ 334.12 (Trescientos Treinta y Cuatro con 12/100 soles), sumando ahí el tema de la retención del 10% como garantía

de fiel cumplimiento de S/ 668.27 (Seiscientos Sesenta y Ocho con 27/100) Soles. y la detracción por un monto de S/ 267.31 (Doscientos Sesenta y Siete con 31/100 soles) cantidades que no se verán reflejadas en el comprobante de pago realizado hacia el contratista.

SOBRE LA PENALIDAD APLICADA A LA FASE II DEL CONTRATO.

60. Refiere que la Oficina de Control Institucional (OCI) de la Municipalidad Provincial de Urubamba ha podido advertir en su Informe de Hito de Control N° 026-2020-OCI/0292-SCC, textualmente lo siguiente:

“(…) Sin embargo con acta N° 005-2020-OCI/MPU-SCC, de fecha 19 de octubre de 2020, la Comisión de Control, identificó que el referido mantenimiento no viene siendo ejecutado, advirtiéndose que a la fecha de efectuada la visita de inspección, está aún no había iniciado con la ejecución, incumplimiento que fue corroborado por propia manifestación de sus pobladores quienes afirmaron que los responsables del mantenimiento habían concurrido en una sola oportunidad, únicamente para el colocado del letrero de mantenimiento de obra.

61. Señala que, con oficio N° 019-2020-OCI/MPU-CC de fecha 21 de octubre de 2020 se requirió a la Gerencia de Infraestructura información respecto del retraso en la ejecución del mantenimiento: siendo así con Informe N° 1381-GI-MPU-2020 el gerente de infraestructura, señaló que el 20 de octubre de 2020 realizó una visita al mantenimiento periódico y rutinario ya mencionado encontrando al ejecutor en acomodo de la maquinaria, iniciando ese mismo día con la ejecución.

62. Precisa que, a la fecha de efectuada la visita de inspección a los trabajos de mantenimiento (19 de octubre de 2020), según consta en acta N° 005-2020-OCI/MPU-SCC, suscrita la misma fecha, se verificó que aún no se había dado inicio con la ejecución de los trabajos de mantenimiento, habiendo transcurrido 12 días calendarios desde la fecha en que debió iniciar (9 de octubre de 2020); por lo que este incumplimiento conllevaría a la aplicación de penalidad por retraso injustificado conforme establece la cláusula duodécima del contrato N° 19-2020-MPU de 21 de agosto de 2020, situación que no fue advertida por el inspector de mantenimiento en cumplimiento a sus obligaciones contractuales; lo señalado se muestra en las imágenes siguientes (...)

63. Refiere que, de todo lo antes señalado se puede advertir que efectivamente el CONTRATISTA, no habría cumplido con iniciar los trabajos realizados en la fecha establecida en el contrato, la misma que fue observada con el Informe de Hito de Control N° 026-2020-OCI/0292-SCC, y a su vez aceptada por la empresa conforme se encuentra detallado en el numeral 40 de la demanda.
64. Que, mediante INFORME N° 01-2022-MPU-UL/LAAM, la abogada del Área de Logística, como el INFORME N° 273-2022-GI-MPU/RAC, emitido por la Gerencia de Infraestructura, ambas oficinas pertenecientes a la MUNICIPALIDAD en relación a este punto, han referido que la penalidad por mora en la ejecución de las prestaciones debe incorporarse en todos los contratos celebrados en el marco de la normativa de contrataciones del Estado; y, debe ser aplicada siempre que el CONTRATISTA no cumpla con las prestaciones a su cargo en el plazo previsto en el CONTRATO.
65. Precisa que, el cálculo del monto de la penalidad por mora dependerá de los elementos “montos” y “plazo” del contrato, cuyos valores, a su vez dependerán de la naturaleza del contrato que sea objeto de análisis. Si se trata de un contrato de única deberá aplicarse el monto y plazo del contrato vigente a ejecutarse; si, en cambio se trata de un contrato de ejecución periódica o uno que, siendo de ejecución única, hubiese contemplado entregas parciales, el cálculo de la penalidad diaria se debe realizar tomando en consideración el plazo y el monto de las prestaciones individuales materia de retraso.
66. Agregan que, la normativa regula que el contrato establece las penalidades aplicables al contratista ante el incumplimiento injustificado de sus obligaciones contractuales. En realidad, la penalidad no se aplica estrictamente por incumplimiento injustificado de las obligaciones contractuales sino por “retraso injustificado en la ejecución de las prestaciones de acuerdo con los artículos 162 y 163 del reglamento”. Cabe señalar que el incumplimiento injustificado de obligaciones tiene otra naturaleza y otros efectos de acuerdo con el artículo 164° del RLCE, es causal de resolución del contrato, sin perjuicio de las penalidades que pudieran aplicarse.
67. La ENTIDAD refiere que, la aplicación de la penalidad a que se contrae la normativa se refiere a la “mora”, demora, retraso, entera o cumplimiento de

la prestación fuera del plazo establecido en el contrato, Esta penalidad puede alcanzar un monto máximo al 10 % del monto de contrato vigente, o de ser el caso, del ítem que debió ejecutarse, se aplica de forma automática por cada día de atraso, los días de atraso injustificado deben computarse en días calendario, guardando coherencia con el computo del plazo previsto para la ejecución de su respectivo contrato.

68. Tal es el caso, que mediante el Hito de Control N° 026-2020-OCI/0392-SCC- Control Concurrente, con acta N° 005-2020-OCI/MPU-SCC de fecha 19 de octubre del 2020, la Comisión de Control, identifico que el referido mantenimiento no viene siendo ejecutado, advirtiéndose que a la fecha de efectuada la visita de inspección, este aún no había iniciado con la ejecución, incumplimiento que fue corroborado por propia manifestación de sus pobladores, quienes afirmaron que los responsables del mantenimiento habían concurrido en una sola oportunidad, únicamente para el colocado del letrero del mantenimiento obra.
69. Asimismo, dentro de los términos de referencia, en el numeral 6.2 FASE II: EJECUCION DEL MANTENIMIENTO PERIODICO, literal a) Inicio del servicio: El contratista está OBLIGADO a iniciar las actividades de ejecución de mantenimiento periódico al día siguiente en que la Entidad comunica la aprobación del Plan de Trabajo, debiendo así el Contratista iniciar sus actividades en fecha 08 de octubre del 2020, sin embargo el Órgano de Control Interno, advierte que el Contratista no venía cumpliendo con sus obligaciones contractuales, configurándose de esta manera el retraso injustificado en la ejecución.
70. Señala que, el Órgano Encargado de las Contrataciones, aplica la penalidad a la valorización N° 01, mediante informe N° 520- 2020-UL-MPU-OVS, siendo que para la presente valorización existe dos penalidades a ejecutar: La primera penalidad respecto a los 12 días de retraso correspondiente a la fase II- Ejecución del mantenimiento periódico, que asciende a S/ 29, 581.80 soles; de igual manera se aplica penalidad, respecto a la ausencia del Ing. Residente del servicio, siendo ello S/ 25, 800.00 soles. Cabe señalar que la segunda penalidad está establecida en la cláusula Duodécima, específicamente en “otras penalidades”, de ello se desprende que los documentos del procedimiento de selección pueden establecer penalidades distintas a la penalidad por mora, siendo que estas penalidades deben de ser objetivas, razonables, y congruentes con el objeto de la convocatoria, por lo que dicha penalidad respecto a la

ausencia del residente estaría dentro de lo normado y facultado a ser aplicado. Ahora bien, dicha penalidad (ausencia del Residente), así como las demás penalidades establecidas en la cláusula duodécima del contrato N° 019-2020-MPU-Procedimiento Especial de Selección Res N° 007- 2020-MPU/CS Primera Convocatoria, y pese a tener sustento técnico por el Analista Técnico, a la fecha no fueron ejecutadas, habiendo sido dejado sin efecto, por lo que correspondería también que dichas penalidades sean ejecutadas, y por otro lado atañería el deslinde de responsabilidades por la omisión a dicha ejecución de penalidades.

71. Siendo que el retraso es injustificado cuando i) el Contratista no hubiera solicitado la ampliación de plazo; ii) habiéndola solicitado esta no fue aprobada por la Entidad; o iii) no acreditó objetivamente que el mayor tiempo transcurrido no le resulta imputable, se considera para el presente caso, que no existe documento o prueba fehaciente dentro del expediente, que acredite objetivamente el retraso injustificado, más aún existe un medio probatorio incuestionable que es el Hito de Control N° 026-2020-OCI/0392-SCC, mediante el cual se hace evidente que el Contratista no cumple en su oportunidad con la ejecución de sus obligaciones, por lo que en mérito a tal retraso se aplica la penalidad conforme lo establece en el contrato y en la norma, por el monto de S/ 29,581.80 soles.

72. Finalmente, la MUNICIPALIDAD, ratifica su postura, pues señala que la aplicación de la penalidad se realizó en mérito al Hito de Control N° 026-2020-OCI/0392-SCC, ya que, si bien es cierto los términos de utilizados en el hito no son lo más idóneos para la aplicación de penalidades, y que el inspector de aquel entonces tampoco justifica la ausencia de trabajos en el periodo indicado con evidencia fehaciente, se determina que el contratista incumple con la ejecución del servicio en la fecha establecida expresamente en el contrato, evidenciado por el hito de control en mención por lo cual se calcularon las moras correspondientes de acuerdo al contrato vigente con el contratista.

CONTESTACION A LA SEGUNDA Y TERCERA PRETENSION DE LA DEMANDA

73. La MUNICIPALIDAD señala que, los perjuicios generados han sido realizados por el CONTRATISTA, quien de modo temerario e irresponsable ha iniciado procesos de arbitrajes, solicitado un pago que no le corresponde, y que por tanto la enunciada pretensión respecto de las costas y costos, no tendría asidero toda vez que al encontrarse en esta instancia sería por causa

atribuible el CONTRATISTA, por lo que concluyen que en este caso es el contratista demandante es quien deberá asumir las costas y costos del proceso.

VI. DE LA MODIFICACIÓN DE PRETENSIONES Y AMPLIACIÓN DE FUNDAMENTOS DE LA DEMANDA:

El 31 de enero de 2021, el CONTRATISTA presenta su escrito de “Modificación de Pretensiones y Ampliación de Fundamentos.

PRETENSIONES

PRIMERA PRETENSIÓN

“Que, el Árbitro Único ordene a la Municipalidad Provincial de Urubamba, realizar la devolución de la retención ilegal de la penalidad aplicada al Plan de Trabajo (Fase I) ascendente a la suma de S/. 1,252.99 (un mil doscientos cincuenta y dos con 99/100 soles), la valorización N° 01 (mes de octubre de 2020 de la Fase II) ascendente a la suma de S/29,581.80 (veintinueve mil quinientos ochenta y uno con 80/100 soles), y las aplicadas en la valorización del mes de junio, julio y agosto de 2021 (Fase III), ascendente a la suma de S/. 4,300.00 (Cuatro mil trescientos con 00/100 soles) del Contrato N° 019 – 2020 –MPU”.

DE LA AMPLIACION DE LOS FUNDAMENTOS DE LA DEMANDA

RESPECTO A LA APLICACIÓN DE PENALIDADES EFECTUADAS EN LA VALORIZACIÓN DEL MES DE JUNIO, JULIO Y AGOSTO DE 2021 (FASE III, ASCENDENTE A LA SUMA DE S/4,300.00 (CUATRO MIL TRESCIENTOS CON 00/100 SOLES) (AMPLIACION DE FUNDAMENTOS DE LA PRIMERA PRETENSION QUE PLANTEAMOS, PUNTO 3 DE NUESTRA LA DEMANDA)

74. El CONTRATISTA señala que, en los términos de referencia del CONTRATO, en el literal b) Actividades de la Fase III, se ha contemplado que, "El mantenimiento rutinario tiene, como objetivo de carácter permanente, conservar las condiciones de la vía contratada, llevándola a ejecutar el servicio que será requerido en los presentes Términos de Referencia, de acuerdo con las actividades descritas en el Plan de Trabajo correspondiente a la ejecución del mantenimiento rutinario. ...". Es decir, que la fase III del contrato, mantenimiento rutinario, se debía desarrollar de conformidad al plan de trabajo aprobado.

75. Siendo así, en el plan de trabajo aprobado por la MUNICIPALIDAD, a folios 00065, 00064, y 00063, se ha aprobado dentro del cálculo de costo-Kilometro/mes - Mantenimiento rutinario de caminos vecinales.
76. Precisan que, de acuerdo al presupuesto del plan de trabajo en el desagregado de costos indirectos se puede observar que la permanencia del ingeniero residente (jefe de mantenimiento) es de una vez al mes. Asimismo, se observa que los viáticos y pasajes (gestión administrativa) están considerados para una sola visita por mes, concordante con el concepto de movilidad considerando también una vez al mes.
77. Quedando claro así, que la MUNICIPALIDAD aprobó que la permanencia del jefe de mantenimiento o residente del servicio durante la Fase III (Mantenimiento Rutinario) debía ser de 1 vez por cada periodo mensual. Sin embargo, no se estableció ninguna fecha específica en cada mes para que se realizara esta visita, únicamente se determinó que sería una visita al mes, siendo así, el residente del servicio ha realizado su visita en distintas fechas cada mes, previa coordinación con el inspector del servicio y así como en otras oportunidades que ha sido necesaria su presencia en el tramo de intervención del camino vecinal: Cachicata - Puente Chilca - Urubamba - Cusco.
78. En ese entender, el residente del servicio estuvo presente en el lugar de ejecución en distintas oportunidades, quedando constancia de algunas visitas, por ejemplo el 02 de junio de 2021, el 02 de julio de 2021 y el 02 de agosto de 2021, prueba de ello, son las actas de Constatación de Trabajo N°05, 06 y 07, suscritas por el residente y el inspector del servicio quienes han estado presentes para hacer la constatación de los trabajos realizados los meses anteriores, a su vez estar presentes en el lugar de ejecución del servicio y cumplir las obligaciones contraídas mediante CONTRATO.
79. Así las cosas, el DEMANDANTE solicitó en fecha 24 de noviembre de 2021, que la MUNICIPALIDAD remita el registro de valorizaciones, comprobantes de pago, ordenes de servicio y detracciones pagadas, a cuyo resultado verificaron que el DEMANDADO realizó los pagos correspondientes a las valorizaciones de los meses de junio, julio y agosto de 2021 (Fase III- Mantenimiento rutinario) aplicando penalidades por concepto de 4 días de ausencia del residente (otras penalidades) por un valor de S/4,300.00

(Cuatro mil trescientos con 00/100 soles) durante estos meses (1 día en los meses de junio y julio y 2 días en agosto).

80. Indagando al respecto, pudieron tener acceso al informe N°538-2021-UL-MPU, de fecha 06 de octubre de 2021, emitido por el jefe de la Unidad de Logística, quien realiza un verificativo de aplicación de penalidades y menciona que basado en el acta de constatación de trabajo de fase III, suscrita únicamente por el Analista Técnico I DU-070-2020, de fecha 27 de julio de 2021, quien habría realizado una visita al tramo de intervención objeto del CONTRATO, en el que manifiesta la ausencia del residente y del inspector del servicio; razón por la que el Jefe de la Unidad de Logística aplica penalidad al DEMANDANTE; esta situación se repitió en el pago de las valorizaciones del mes de junio y agosto de 2021.
81. Por otro lado, señala que, la aplicación de penalidad fue determinada por el Jefe de la Unidad de Logística de la MUNICIPALIDAD, más no estuvo basada en el informe del inspector del servicio, es decir, se aplicó sin respetar las condiciones contractuales establecidas en el CONTRATO que le otorguen legalidad, pues no se tomó en consideración la opinión de la inspección sobre el particular.
82. Que siendo así, la penalidad aplicada no solo es insustentable e ilegal, sino que ha sido aplicada por órgano incompetente y sin tomar en consideración la manifestación del inspector del servicio.
83. El CONTRATISTA finaliza señalando que, corresponde que el DEMANDADO devuelva el monto penalizado indebidamente, y cumpla con su obligación de abonar el pago total por la valorización del mes de junio, julio y agosto de la Fase III del CONTRATO, conforme lo establecido en el artículo 171 Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado mediante Decreto Supremo N°344-2018, ya que, EL DEMANDANTE habría cumplido con presentar todos los documentos necesarios para que se efectúe el pago, sin embargo, la Entidad viene rehusándose a efectuar el pago completo, generándonos un grave perjuicio.

VII. CONTESTACIÓN DE LA MODIFICACIÓN Y AMPLIACIÓN DE DEMANDA

En fecha 07 de marzo de 2022 la ENTIDAD presenta su escrito con sumilla "contesta modificación de demanda y plantea excepciones", donde se interpone excepción de caducidad.

CONTESTACION A LAS PRETENSIONES DEL DEMANDANTE

RESPECTO A LA PRIMERA PRETENSIÓN

“Que, el Árbitro Único ordene a la Municipalidad Provincial de Urubamba, realizar la devolución de la retención ilegal de la penalidad aplicada al Plan de Trabajo (Fase I) ascendente a la suma de S/. 1,252.99 (un mil doscientos cincuenta y dos con 99/100 soles), la valorización N° 01 (mes de octubre de 2020 de la Fase II) ascendente a la suma de S/29,581.80 (veintinueve mil quinientos ochenta y uno con 80/100 soles), y las aplicadas en la valorización del mes de junio, julio y agosto de 2021 (Fase III), ascendente a la suma de S/. 4,300.00 (Cuatro mil trescientos con 00/100 soles) del Contrato N° 019 – 2020 –MPU”.

84. Refiere que, de los antecedentes que han sido presentados por la DEMANDANTE, se puede apreciar que existe documentación suficiente para probar que las penalidades aplicadas fueron realizadas conforme a ley, tal es así que, mediante INFORME N° 08-2022-MPU-UL/LAAM.
85. Señala que, Con relación a la APLICACIÓN DE PENALIDAD por mora se aplica al retraso injustificado, es decir, cuando el contratista no hubiese cumplido con ejecutar las prestaciones a su cargo dentro del plazo establecido en el contrato.
86. Precisa que, de acuerdo con el numeral 162.1, del Artículo 162° del Reglamento, la penalidad por mora se aplica de manera automática por cada día de retraso.
87. Por otro lado, refieren que respecto del valor del “monto” y “plazo”, el numeral 162.2., del artículo 162° del Reglamento señala: “tanto el monto como el plazo se refieren, según corresponda, al monto vigente del contrato o ítem que debió ejecutarse o, en caso que estos involucraran obligaciones de ejecución periódica o entregas parciales, a la prestación individual materia de retraso”.
88. En ese sentido señalan que, la aplicación de la penalidad por mora dependerá de la naturaleza del contrato que sea objeto de análisis, ello en concordancia con lo señalado por la Dirección Técnico Normativa del OSCE a través de la Opinión N° 103-2019/DTN, donde señala, “Que si el contrato es

uno de ejecución única² deberá aplicarse el monto y plazo del contrato vigente a ejecutarse; si, en cambio, se trata de un contrato de ejecución periódica o uno que, siendo de ejecución única, hubiese contemplado entregas parciales, el cálculo de la penalidad diaria se debe realizar tomando en consideración el plazo y el monto de las prestaciones individuales materia de retraso".,

89. Tal es así, que el monto a pagar para la FASE III, es de S/106,922.5472, con un plazo contractual de 365 días calendario.

90. Siendo ello así, precisa lo siguiente:

MES DE JUNIO:

Mediante acta de fecha 07, 11 y 25 de junio, el Ing. Julio cesar Caballero Castillo – Analista Técnico I, verifica que existe la ausencia del Ing. Residente del servicio, por lo que, en mención a ello, se realiza el siguiente calculo:

- a. UIT 2020: S/4, 300.00 soles.
- b. $0.25 \times 4, 300.00$: S/ 1,075.00 soles.
- c. Penalidad por no encontrarse el residente del servicio= S/ 1, 075.00
- d. soles.
- e. Ocurrencia: 03 veces.
- f. Penalidad total= S/ 3,225.00
- g. Penalidad máxima aplicable: S/ 10,692.25 soles.
- h. Penalidad para aplicar= S/ 2, 150.00 soles.

91. Señala que el monto de aplicación de penalidad es de S/3,225.00 (Tres mil doscientos veinticinco con 00/100 soles), por lo que únicamente se tenía que pagar al Contratista S/5,128.20 soles (cinco mil ciento veintiocho con 20/100 soles), sin embargo y verificado mediante comprobante de pago N° 2890 la aplicación de penalidad que se efectuó fue de S/1, 075.00 (mil setenta y cinco con 00/100 soles), llegando a abonar al contratista un total de S/6,933.20 (seis mil novecientos treinta y tres con 20/100 soles) verificado mediante comprobante de pago N° 2890-2021 - incluido la detracción del 4% y la aplicación de penalidad.

MES DE JULIO:

Precisa que, mediante acta de fecha 17 de julio del 2021, el Ing. Julio cesar Caballero Castillo – Analista Técnico I, verifica que existe la ausencia del Ing. Residente del servicio, por lo que, en mención a ello, realiza el siguiente calculo:

- a. UIT 2020: S/4, 300.00 soles.
- b. $0.25 \times 4, 300.00$: S/ 1,075.00 soles.
- c. Penalidad por no encontrarse el residente del servicio= S/ 1, 075.00 soles.
- d. Ocurrencia: 01 vez.
- e. Penalidad total= S/ 1, 075.00
- f. Penalidad máxima aplicable: S/ 10,692.25 soles.
- g. Penalidad para aplicar= S/ 1, 075.00 soles.

MES DE AGOSTO

Que mediante acta de fecha 06 y 25 de agosto del 2021, el Ing. Julio cesar Caballero Castillo – Analista Técnico I, verifica que existe la ausencia del Ing. Residente del servicio, por lo que, en mención a ello, se realiza el siguiente calculo:

- a. UIT 2020: S/4, 300.00 soles.
- b. $0.25 \times 4, 300.00$: S/ 1,075.00 soles.
- c. Penalidad por no encontrarse el residente del servicio= S/ 1,075.00 soles.
- d. Ocurrencia: 20 veces.
- e. Penalidad total= S/ 2,150.00
- f. Penalidad máxima aplicable: S/ 10,692.25 soles.
- g. Penalidad para aplicar= S/ 2, 150.00 soles

92. La ENTIDAD finaliza ratificando su postura en referencia a la aplicación de la penalidad, por la valorización efectuada por los meses de junio, julio y agosto, ya que, se ejecutaron por la ausencia del Ing. Residente del servicio, corroborado todo ello, por las actas de constatación de trabajo mencionadas en los antecedentes.

VIII. DEL PROCESO ARBITRAL

VIII.1. LA DETERMINACIÓN DE PUNTOS CONTROVERTIDOS:

93. La determinación de puntos controvertidos se dio mediante Audiencia de Saneamiento Procesal, Conciliación, fijación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios, de fecha 04 de agosto de 2022, en la cual se aprobaron los siguientes puntos controvertidos:

Primer punto controvertido:

Determinar si corresponde que el Arbitro Único ordene a la Municipalidad Provincial de Urubamba, proceda a realizar la devolución de la retención

ilegal de la penalidad aplicada al Plan de Trabajo (Fase I) ascendente a la suma de S/. 1,252.99 (un mil doscientos cincuenta y dos con 99/100 soles), la valorización N° 01 (mes de octubre de 2020 de la Fase II) ascendente a la suma de S/29,581.80 (veintinueve mil quinientos ochenta y uno con 80/100 soles), y las aplicadas en la valorización del mes de junio, julio y agosto de 2021 (Fase III), ascendente a la suma de S/. 4,300.00 (Cuatro mil trescientos con 00/100 soles) del Contrato N° 019-2020 -MPU.

Segundo punto controvertido:

Determinar si corresponde que el Arbitro Único ordene a la Municipalidad Provincial de Urubamba, pague a favor de Magno Contratistas Generales S.A.C. los intereses legales moratorios, por la demora en los pagos correspondientes al Contrato N° 019-2020-MPU.

Tercer punto controvertido:

Determinar si corresponde que el Arbitro Único ordene a la Municipalidad Provincial de Urubamba el pago de los costos y costas que irrogue el presente proceso arbitral.

VIII.2. TRAMITACIÓN POSTERIOR Y ALEGATOS:

94. Mediante Resolución N° 09 de fecha 10 de abril de 2022, se admite a trámite el escrito de absolución de excepciones presentado por el contratista, se corre traslado a la Municipalidad Provincial de Urubamba y se cita a las partes a Audiencia Especial de Excepciones el día 20 de abril de 2022 a las 12 pm.
95. Mediante escrito de fecha 13 de abril de 2022, el CONTRATISTA presenta nuevos medios de prueba.
96. En fecha 20 de abril de 2022, se lleva a cabo la Audiencia Especial de Excepciones.
97. Mediante escrito de fecha 25 de abril de 2022, la Municipalidad Provincial de Urubamba, delega facultades a los abogados: ROGER HERMOZA MALDONADO y JOLSVÉR RAFAEL ALVAREZ ZURITA para que en forma unipersonal o conjunta actúen en representación de la Oficina de Procuraduría Pública Municipal.
98. Mediante Resolución N° 10 de fecha 05 de mayo de 2022, se tiene por presente el escrito de presentación de nuevos medios de prueba del

CONTRATISTA y se corre traslado a la ENTIDAD para que absuelva lo conveniente a su derecho en el plazo de cinco (05) días hábiles.

99. Mediante Resolución N° 11 de fecha 20 de julio de 2022, se tiene por presentados los nuevos medios de prueba ofrecidos por el CONTRATISTA.

100. Mediante Resolución N° 12 de fecha 21 de julio de 2022, se otorga a ambas partes 10 días hábiles para que acrediten el pago por concepto de reliquidación de gastos arbitrales.

101. Mediante Resolución N° 13 de fecha 21 de julio de 2022, se requiere a ambas partes informar de manera documentada la fecha en la cual se dio el pago final del CONTRATO, asimismo informen de ser el caso, si existió proceso conciliatorio previo, respecto a la controversia de aplicación de penalidades de las valorizaciones correspondientes a los meses de junio, julio y agosto (Fase III) ascendente a la suma de S/. 4,300.00 (Cuatro mil trescientos con 00/100 soles).

102. Mediante escrito de fecha 02 de agosto de 2022, el CONTRATISTA informa:

- Que, el pago final del CONTRATO fue realizado en fecha 22 de enero de 2022.
- Que, en fecha 03 de agosto de 2021 (a los 22 días hábiles de culminado el proceso conciliatorio) presentaron su solicitud de arbitraje en Arkadia Centro de Arbitraje y Conciliación.
- Que, en fecha 17 de diciembre de 2021 presentaron su demanda arbitral, reservándose el derecho de ampliar o modificar sus pretensiones.
- Que, en fecha 30 de enero de 2022, ampliaron su demanda arbitral.

103. Con escrito de fecha 03 de agosto de 2022, la ENTIDAD refiere que nunca existió proceso conciliatorio alguno respecto a la aplicación de penalidades de las valorizaciones correspondientes a los meses de junio, julio y agosto (Fase III), ascendente a la suma de S/. 4,300.00 (Cuatro mil trescientos con 00/100 soles)

104. Mediante Resolución N° 14 de fecha 21 de julio de 2022, el Arbitro Único emite Laudo Parcial declarando INFUNDADA la excepción de caducidad planteada por la MUNICIPALIDAD.

105. En fecha 04 de agosto de agosto de 2022, se lleva a cabo la Audiencia de Saneamiento Procesal, Conciliación, Fijación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios.
106. Mediante escritos de fecha 18 de agosto de 2022, el CONTRATISTA y la MUNICIPALIDAD presentan alegatos escritos.
107. En fecha 23 de agosto de 2022, se lleva a cabo la Audiencia de Informes Orales.
108. Mediante Resolución N° 15, de fecha 03 de octubre de 2022, se fijó en treinta (30) días hábiles el plazo para expedir el laudo, prorrogables a treinta (30) días hábiles adicionales.
109. Mediante Resolución N°16 de fecha 17 de noviembre de 2022, se prorroga el plazo para laudar por treinta (30) días hábiles.

IX. CONSIDERANDO

IX.1 Cuestiones preliminares:

1. Antes de pasar al análisis y pronunciamiento sobre la excepción de caducidad sometida al presente arbitraje, el Árbitro Único declara que:
 - ii) El Arbitro Único se constituyó de acuerdo al convenio arbitral celebrado por las partes.
 - iii) En ningún momento alguno se impugnó o reclamó contra las disposiciones de procedimiento dispuestas en el Acta de Instalación
 - iv) El CONTRATISTA presentó su escrito de demanda dentro del plazo dispuesto.
 - v) La ENTIDAD fue debidamente emplazado con la demanda, y tras vencido el plazo absolvió la demanda.
 - vi) Las partes tuvieron plena oportunidad para ofrecer y actuar todos sus medios probatorios. Tuvieron oportunidad de informar oralmente ante el Arbitro Único en la audiencia convocada con tal fin.
 - vii) El Árbitro Único está procediendo a laudar dentro del plazo que corresponde a las reglas de este arbitraje.

2. De otro lado, el Árbitro Único deja constancia que en el estudio, análisis y deliberación del presente arbitraje se han tenido en cuenta todos los argumentos y las alegaciones efectuadas por las partes, así como todos los medios probatorios aportados, haciendo un análisis y una valoración en conjunto de los mismos, de manera que la no referencia a un argumento o a una prueba no supone que no haya sido tomado en cuenta para su decisión.
3. Asimismo, el Árbitro Único deja constancia que las materias controvertidas podrán ser ajustadas, reformuladas y/o analizadas en el orden que considere pertinente para resolver de mejor manera las pretensiones planteadas, sin que el orden o ajuste empleado genere nulidad de algún tipo y sin que exceda la materia controvertida del arbitraje.
4. En cuanto a las pruebas, el Árbitro Único expresa que los medios probatorios deben tener por finalidad acreditar los hechos expuestos por las partes, producir certeza en el Colegiado respecto a los puntos controvertidos y fundamentar las decisiones, conforme a los principios generales de la prueba: necesidad, originalidad, pertinencia y utilidad.
5. Para tal efecto, es necesario precisar que constituye un principio general de todo proceso, el de la carga de la prueba. Dicha norma elemental de lógica jurídica en materia de probanza se encuentra recogida en nuestro ordenamiento jurídico en el artículo 196º del Código Procesal Civil, norma que establece literalmente lo siguiente:

“Artículo 196.- Carga de la prueba

Salvo disposición legal diferente, la carga de probar corresponde a quien afirma hechos que configuran su pretensión, o a quien los contradice alegando nuevos hechos”.

6. Asimismo, el Árbitro Único hace notar que, de conformidad con lo establecido en las reglas del proceso arbitral, tiene la facultad de determinar, de manera exclusiva, la admisibilidad, pertinencia y valor de las pruebas ofrecidas, estando en concordancia con lo establecido en el artículo 43 del Decreto Legislativo 1071, Ley que norma el arbitraje en el Perú.

“Artículo 43º.- 1. El tribunal arbitral tiene la facultad para determinar de manera exclusiva la admisión, pertinencia, actuación y valor de

las pruebas y para ordenar en cualquier momento la presentación o la actuación de las pruebas que estime necesarios.

2. El tribunal arbitral está facultado asimismo para prescindir motivadamente de las pruebas ofrecidas y no actuadas, según las circunstancias del caso".

7. Ello ha sido resaltado por HINOJOSA SEGOVIA, pues "(...) la actividad probatoria en el arbitraje ofrece una serie de peculiaridades respecto del proceso civil; (...) Los árbitros han de pronunciarse sobre la pertinencia y admisibilidad de los medios probatorios, pero no vienen vinculados por las peticiones de las partes..." (Sentencia de fecha 30/11/87)¹
8. Siendo ello así, el Árbitro Único pasa a analizar los argumentos vertidos por las partes, así como la valoración de los medios probatorios que obran en el expediente.

VIII.2 Análisis sobre la materia controvertida

9. De los argumentos expuestos por cada una de las partes en los escritos de demanda, contestación y reconvencción a la demanda, así como de las pruebas aportadas en el presente proceso arbitral, corresponde al Árbitro Único analizar cada uno de los puntos controvertidos determinados, conforme se procederá a analizar.

ANALISIS DE LA PRIMERA PRETENSION PRINCIPAL DE LA DEMANDA

"Que el Arbitro Único ordene a la Municipalidad Provincial de Urubamba, proceda a realizar la devolución de la retención ilegal de la penalidad aplicada al Plan de Trabajo (Fase I) ascendente a la suma de S/. 1,252.99 (un mil doscientos cincuenta y dos con 99/100 soles), la valorización N° 01 (mes de octubre de 2020 de la Fase II) ascendente a la suma de S/29,581.80 (veintinueve mil quinientos ochenta y uno con 80/100 soles), y las aplicadas en la valorización del mes de junio, julio y agosto de 2021 (Fase III), ascendente a la suma de S/. 4,300.00 (Cuatro mil trescientos con 00/100 soles) del Contrato N° 019-2020 -MPU."

¹ HINOJOSA SEGOVIA, Rafael. "El Recurso de Anulación contra los Laudos Arbitrales (Estudio Jurisprudencial)". Editorial Revista de Derecho Privado / Editoriales de Derecho Reunidas S.A. Madrid. España. 1991. Pág. 309.

10. Como se desprende de la primera pretensión principal de la DEMANDA, la controversia que origina el presente proceso arbitral es la aplicación de penalidades dentro de las tres fases del contrato motivo por el cual en un primer momento debemos remitirnos a lo establecido en la normativa en contrataciones del Estado y el mismo contrato en cuanto a la aplicación de penalidades.
11. En este extremo nos remitimos a lo establecido en los artículos 162° y 163° del REGLAMENTO que contienen las disposiciones relativas a la aplicación de “Penalidad por Mora” y “Otras Penalidades”, conforme veremos a continuación:

Artículo 162°.- Penalidad por mora en la ejecución de la prestación.

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

(...)

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

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

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

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

Artículo 163°.- Otras penalidades.

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

163.2. Estas penalidades se calculan de forma independiente a la penalidad por mora." (el resaltado es agregado)

12. Que, en la relación contractual que nos ocupa, ambas penalidades fueron contenidas en la CLAUSULA DUODECIMA DEL CONTRATO, estableciendo además de la penalidad por mora en ejecución de la prestación, otras penalidades.
13. Al respecto, la normativa en Contrataciones del Estado, ha introducido la figura de las penalidades dentro de la contratación pública, como un mecanismo de resarcimiento ante futuros incumplimientos generados en el desarrollo de la ejecución contractual, al respecto ALBERTO RETAMOZO LINARES², establece lo siguiente:

"En la Ley de Contrataciones del Estado, se desenvuelven dos conceptos vinculados, el de penalidad y el de obligación, explicándose ambos en el contexto del cumplimiento de las obligaciones. Así, a lo largo de la norma se van estableciendo las responsabilidades por incumplimiento de las obligaciones contractuales, sea en bienes, servicios u obras, llegando a alcanzar esta responsabilidad por incumplimiento, a las obligaciones pre contractuales, pudiendo realizarse en la ejecución de la garantía.

La relación entre las obligaciones y penalidad no es nueva. La historia se origina en el derecho común, y es de larga data, los romanos la denominaban stipulatio poenae y tenía como finalidad asegurar el cumplimiento de la obligación.

En términos generales, la penalidad se constituye en un medio a través de la cual las partes convienen, de manera anticipada, el momento de la indemnización por el incumplimiento (o retraso injustificado) de alguna de las partes

² RETAMOZO LINARES, Alberto. "Contrataciones y Adquisiciones del Estado y Normas de Control". Tomo I. Novena Edición. Editorial Gaceta Jurídica. Lima – 2013. Pág. 875.

respecto del cumplimiento de las prestaciones pactadas, por lo que tiene una función coercitiva, además de resarcitoria”

14. Teniendo claro este marco contractual y legal, procederemos a evaluar de manera individual la aplicación de las penalidades materia de la presente controversia.

Análisis respecto a la penalidad aplicada al Plan de Trabajo (Fase I) ascendente a la suma de S/. 1,252.99 (un mil doscientos cincuenta y dos con 99/100 soles).

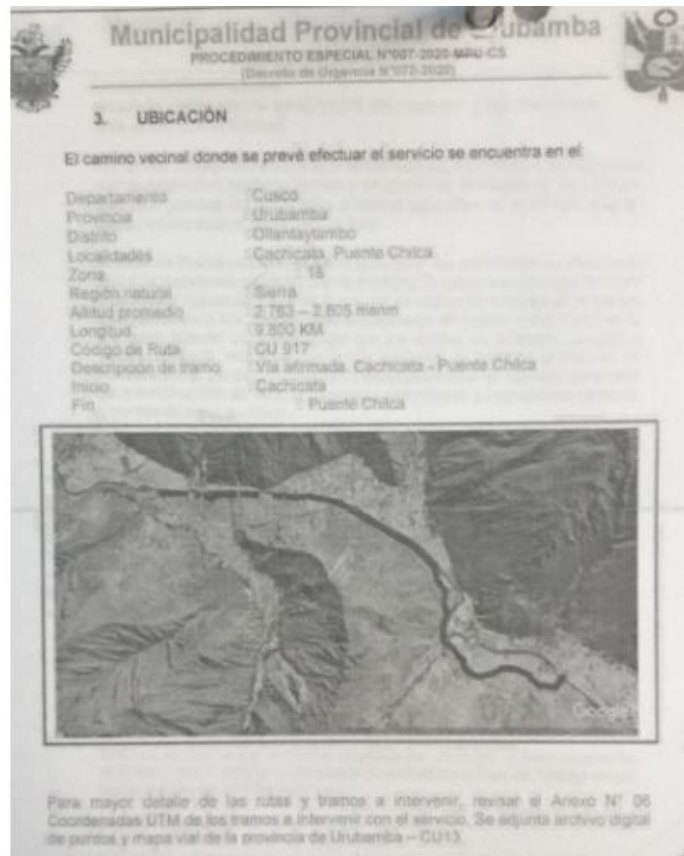
15. Al respecto, del análisis del presente expediente podemos colegir que existe acuerdo entre el DEMANDANTE y DEMANDADO, en las siguientes afirmaciones:

- El DEMANDANTE entrego el Plan de Trabajo dentro del plazo contractual, en fecha 10 de septiembre de 2020, mediante Careta N°03-2020-SMSG/RL-MCG-U.
- Mediante informe N°02-2020-RVG-SO-CACHITA PTE CHILCA, de fecha 12 de setiembre de 2020, el inspector remite al DEMANDANTE observaciones al Plan de Trabajo
- El DEMANDANTE subsana las observaciones al Plan de Trabajo dentro del plazo otorgado con Carta N°05-2020-SMSG/RL-MCG-U, de fecha 15 de setiembre de 2020.

2. Sin embargo, podemos advertir discrepancias entre lo manifestado por ambas partes respecto a un segundo levantamiento de observaciones pues de la demanda arbitral el CONTRATISTA establece que el segundo pliego de observaciones se le fue notificado mediante carta N°04-2020-RAAF-SMPR-U, de fecha 29 de setiembre de 2020, en base a las observaciones trasladadas por la Gerencia de Infraestructura de la MUNICIPALIDAD mediante carta N°19-2020-GI-MP, en la cual se solicita incluir en el plan de trabajo el tramo adicional del desvío de este tramo (Puente Chilca hacia el Puente Cachicata) con coordenadas (18L E:794567.51; S:8532877.82), hacia el centro poblado de Cachicata, llegando a completar la longitud total de 9,800km; observación que pese a no ser parte del objeto contractual cumplió con absolver el mismo 29 de setiembre de 2020 con Carta N°08-2020-SMSG/RL-MCG-U; POR LO CUAL REFIERE QUE NO EXISTE RETRASO EN LA EJECUCION DE LA PRESTACIÓN MATERIA DE APLICACION DE PENALIDADES.
3. A ello de conformidad a lo establecido por la parte DEMANDADA que el segundo pliego de observaciones fue trasladado al CONTRATISTA mediante

Informe N°03-2020- RVG-SO- CACHICATA – PUENTE CHILCA en fecha 22 de setiembre de 2022, por tanto el plazo de 03 días para levantamiento de observaciones se habría excedido en 04 días, CONSECUENTEMENTE CORRESPONDE LA APLICACIÓN DE PENALIDADES POR CUATRO DIAS DE RETRASO EN LA EJECUCION DE LA PRESTACION, estableciendo en la página 8 de su escrito de contestación de demanda que correspondía imponer una penalidad de S/ 334.00 (trescientos treinta y cuatro con 00/100 soles), descuento al que se incrementó el monto de S/. 668.27 (seiscientos sesenta y ocho con 27/100 soles), por concepto de retención de la garantía de fiel cumplimiento.

4. En este extremo, es importante para este Árbitro Único delimitar los criterios para la aplicación de la penalidad por mora en la ejecución de la prestación, debiendo de configurarse dos hechos específicos de conformidad a lo establecido en el artículo 162° del REGLAMENTO: i) corroborar la existencia de un retraso, y, ii) que este retraso sea en la ejecución de las prestaciones objeto del CONTRATO.
5. En este extremo, se ha podido corroborar mediante Carta N°19-2020-GI-MP de la Gerencia de Infraestructura de la MUNICIPALIDAD y mediante Carta N°04-2020-RAAF-SMPR-U del Inspector del Servicio, que la observación que se traslada al CONTRATISTA estaba destinada a incluir dentro de los trabajos el desvío del tramo (Puente Chilca hacia el Puente Cachicata) con coordenadas (18L E:794567.51; S:8532877.82), hacia el centro poblado de Cachicata. En este extremo corresponde verificar si el contenido de esta observación se puede considerar como una prestación objeto del CONTRATO, para lo cual nos remitimos a lo establecido en las bases integradas del procedimiento de selección.
6. En esta línea de análisis nos remitimos a lo establecido en el numeral 3 de los Términos de Referencia establecidos en el Capítulo III de la Sección Específica de las Bases Integradas, donde la MUNICIPALIDAD establece la ubicación del tramo materia de intervención, teniendo la siguiente ubicación:



7. En este entender, como podemos observar la prestación materia del servicio de mantenimiento originalmente estaba delimitada del Puente Chilca al Puente Cachicata, sin incluir el desvío del Puente Cachicata al Centro Poblado de Cachicata, tramo que fue el objeto de la segunda observación materia de retraso.
8. En este extremo, este Arbitro Único advierte que la observación materia del segundo pliego NO PUEDE SER CONSIDERADA COMO UNA PRESTACION OBJETO DEL CONTRATO, pues no estaba comprendida dentro de las bases del procedimiento de selección y/o CONTRATO, no habiendo en ningún momento acreditado la parte DEMANDADA que esta prestación haya sido incorporada dentro del contrato como una prestación adicional. EN ESTE SENTIDO NO SE PUEDE ACREDITAR UN RETRASO EN LAS PRESTACIONES OBJETO DEL CONTRATO PASIBLE A APLICACIÓN DE PENALIDADES.
9. Por otra parte, de conformidad a lo establecido por la MUNICIPALIDAD en su escrito de contestación de demanda el segundo pliego de observaciones habría sido trasladado al CONTRATISTA mediante Informe N°03-2020- RVG-

SO- CACHICATA – PUENTE CHILCA en fecha 22 de setiembre de 2022; sin embargo no adjunta este documento a ninguno de sus escritos por tanto este Árbitro Único no puede corroborar la afirmación realizada por la MUNICIPALIDAD en cuanto a la contabilización del retraso que le imputa al CONTRATISTA.

10. Finalmente, se advierte que la ENTIDAD establece un monto de penalidad de S/ 334.00 (trescientos treinta y cuatro con 00/100 soles), monto que es mucho menor al monto materia de retención que asciende a la suma de S/. 1,252.99 (un mil doscientos cincuenta y dos con 99/100 soles), reclamado por el DEMANDANTE.
11. Por las consideraciones antes advertidas, este Árbitro Único considera improcedente la aplicación de penalidad por mora al Plan de Trabajo del CONTRATO y ve por conveniente disponer a la ENTIDAD proceda a la DEVOLUCION DEL MONTO S/. 1,252.99 (un mil doscientos cincuenta y dos con 99/100 soles) CORRESPONDIENTE A LAS PENALIDADES APLICADAS AL PLAN DE TRABAJO.

Análisis respecto a la penalidad aplicada a la valorización N° 01 (mes de octubre de 2020 de la Fase II) ascendente a la suma de S/29,581.80 (veintinueve mil quinientos ochenta y uno con 80/100 soles)

12. Al respecto, del análisis del presente expediente podemos colegir que existe acuerdo entre el DEMANDANTE y DEMANDADO, en los siguientes extremos:
 - La Fase II del Servicio fue iniciada en fecha 08 de octubre de 2020, al haberse notificado la aprobación del Plan de Trabajo mediante Oficio N°030-GI-MPU-2020, de fecha 07 de octubre de 2020.
 - El plazo de ejecución de la fase II eran de 90 días calendarios, es decir hasta el 06 de enero de 2021, sin perjuicio la fase II del Servicio fue culminada el 31 de diciembre de 2020.
 - Que la MUNICIPALIDAD aplico penalidades por 12 días calendario producto del Acta de la Comisión de Control realizado por la Oficina de Control Institucional informada mediante Hito de Control N°026-2020-OCI/0392-SCC, al haberse advertido mediante visita del 19 de octubre de 2020 que no se estaba desarrollando el mantenimiento mas solo existía el colocado del cartel.
 - Que esta información fue ratificada por el Gerente de Infraestructura mediante al mantenimiento de fecha 21 de octubre de 2022.

13. Al respecto el DEMANDANTE refiere que la Unidad de Logística de la MUNICIPALIDAD ha procedido a penalizar al demandante por estos dos conceptos:

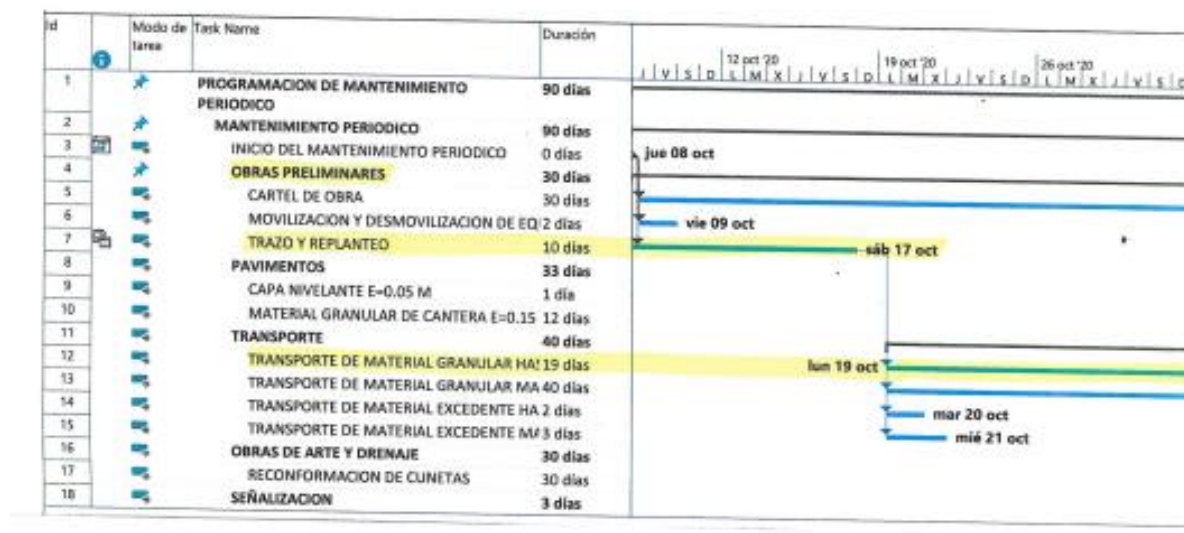
Por ausencia de residente de servicio S/25,800.00, sin tomar en cuenta el procedimiento para tal acción, ya que, en la cláusula duodécima del contrato N°019-2020-MPU, determina que esta penalidad se aplica según lo informado por el inspector, y el inspector del servicio no ha reportado tal supuesto de aplicación de penalidad.

Por mora en la ejecución del servicio S/29,581.80; pese a que no ha existido retraso injustificado en la ejecución de la prestación, como se ha demostrado esta se ha ejecutado según el plan de trabajo y se ha concluido con la fase II del contrato, 21 días antes del plazo previsto para tal fin, el cual obedecía a 90 días calendarios, y que, en el mes de octubre 2020, se verifica un avance programado del 22.62% (según el Plan de trabajo) empero, tuvimos un avance real del 24.77%.

14. Al respecto, es deber que este Árbitro Único, precise que, de estas penalidades la única sometida a controversia dentro de la primera pretensión de la demanda es la penalidad por mora ascendente a la suma de S/29, 581.80 (veintinueve mil quinientos ochenta y uno con 80/100); por tanto, solo se procederá a la evaluación de esta penalidad.
15. Como anteriormente referimos, la penalidad por mora se aplica de manera automática cuando la ENTIDAD contratante acredite de manera fehaciente un retraso en la ejecución de la prestación a cargo del CONTRATISTA, para lo cual, se debe tomar en cuenta los plazos y condiciones establecidos en el CONTRATO.
16. Al respecto, mediante la Cláusula Quinta del CONTRATO se establece que el plazo de ejecución de la Fase II del Contrato sería de 90 días calendario de la comunicación de la aprobación del Plan de Trabajo, estableciéndose dentro de la Cláusula Cuarta que el pago debería ser realizado en valorizaciones mensuales de acuerdo al avance del contrato.
17. En este extremo, nos remitimos a lo dispuesto en el numeral 162.2 del artículo 162° del REGLAMENTO, que dispone: “Tanto el monto como el plazo se refieren, según corresponda, al monto vigente del contrato o ítem que debió

ejecutarse o, en caso que estos involucraran obligaciones de ejecución periódica o entregas parciales, a la prestación individual que fuera materia de retraso”

18. En este extremo, este Árbitro Único ha podido verificar que el plazo de 90 días calendario establecido para el cumplimiento de la fase II del CONTRATO no ha sufrido demora y/u retraso por parte del CONTRATISTA, no siendo pasible penalizarlo con mora en la ejecución de la prestación por presuntos retrasos los cuales NO INFRINGEN EL PLAZO DISPUESTO POR LA MISMA ENTIDAD PARA LA EJECUCION DE LA FASE II DEL SERVICIO.
19. Asimismo, se ha podido acreditar por la parte DEMANDANTE que de acuerdo al cronograma de actividades establecido en el Plan de Trabajo, que hasta el 21 de octubre del 2020 se programó en el lugar del mantenimiento solo el colocado del cartel, existiendo paralelamente otras labores de transporte que no necesitaban ser ejecutadas dentro del lugar del mantenimiento en las fechas en las que registraron las visitas la Comisión de Control y la Gerencia de Infraestructura de la Entidad, como vemos en la siguiente imagen:



20. Por las consideraciones antes advertidas, este Árbitro Único considera improcedente la aplicación de penalidad por mora a la valorización 1 (octubre) de la Fase II del CONTRATO y ve por conveniente disponer a la ENTIDAD proceda a la DEVOLUCION DEL MONTO S/29, 581.80 (veintinueve

mil quinientos ochenta y uno con 80/100) CORRESPONDIENTE A LAS PENALIDADES APLICADAS A ESTA VALORIOZACION.

Análisis respecto a las penalidades aplicadas en la valorización del mes de junio, julio y agosto de 2021 (Fase III), ascendente a la suma de S/. 4,300.00 (Cuatro mil trescientos con 00/100 soles)

21. Al respecto, ambas partes están de acuerdo en que las penalidades retenidas a las valorizaciones de los meses de junio, julio y agosto del 2021 correspondientes a la Fase III del Servicio, fueron aplicadas bajo el supuesto de aplicación de otras penalidades "Ausencia del Ing. Residente del Servicio" prevista en la Cláusula Duodécima del CONTRATO, redactada como se desprende de la siguiente imagen:

CAUSALES	PENALIDAD (FORMA DE CÁLCULO)	PROCEDIMIENTO DE COBRO
En caso el contratista incumpla con su obligación de ejecutar la prestación con el personal acreditado o debidamente sustituido	Se aplicará 0.5 de una UIT por cada día de ausencia del personal	Se descontará en cada pago conforme al informe del Inspector
No presentar oportunamente los informes o no subsanar las observaciones efectuadas por el inspector dentro del plazo otorgado	Se aplicará 0.25 de una UIT por cada día de demora	Se descontará en cada pago conforme al informe del Inspector
Incumplimiento del uso de señales de seguridad para realizar las actividades	Se aplicará 1 UIT por el incumplimiento	Se descontará en cada pago conforme al informe del Inspector
Incumplimiento de uso de implementos de seguridad (mameluco, casco, botas, guantes, gafas y mascarillas)	Se aplicará 0.25 de una UIT por cada personal que incumpla el uso de implementos de seguridad	Se descontará en cada pago conforme al informe del Inspector
En caso no se implementen los seguros (SCTR y SOAT)	Se aplicará 0.25 de una UIT por cada personal sin seguros, o vehículos sin SOAT	Se descontará en cada pago conforme al informe del Inspector
Ausencia del Ing. Residente del servicio	Se aplicará 0.25 de una UIT por cada día de ausencia.	Se descontará en cada pago conforme al informe del Inspector
No usar material seleccionado de cantera para el Bacheo	Se aplicará 0.5 de una UIT por cada evento que se detecte.	Se descontará en cada pago conforme al informe del Inspector.
No presentar en los informes fotos y videos de cada día fechados y georreferenciados	Se aplicará 0.25 de una UIT por cada informe.	Se descontará en cada pago conforme al informe del Inspector.
No utilizar movilidad adecuada para transporte de personal (trabajadores) y herramientas	Se aplicará 0.25 de una UIT por cada evento que se detecte.	Se descontará en cada pago conforme al informe del Inspector.

Estas penalidades se deducen de los pagos a cuenta o del pago final, según corresponda; o si fuera necesario, se cobra del monto resultante de la ejecución de la garantía de fiel cumplimiento.

22. Al respecto, como advertimos en el artículo 163° del REGLAMENTO, la ENTIDAD puede incluir dentro de los documentos de su procedimiento de selección otras penalidades distintas a la penalidad por mora, para lo cual deberá establecer la forma de cálculo de penalidad para cada supuesto y el procedimiento mediante el cual se verifica el supuesto a penalizar; siendo que en el caso que nos ocupa el supuesto de aplicación de penalidad era la ausencia del Ing. Residente del Servicio y la forma de verificación establecida por la MUNICIPALIDAD era el informe del Inspector del Servicio.

23. Ahora bien, de los actuados obrantes en el presente proceso arbitral se puede advertir que la ENTIDAD efectivamente acreditó la ausencia del Ingeniero Residente del Servicio en fechas 07, 11 y 25 de junio de 2021, 17 de julio de 2021 y 06 y 25 de agosto de 2021; sin embargo, se observa que esta constatación fue realizada por el Analista Técnico I – Julio Cesar Caballero Castillo, mas no, por el Inspector del Servicio; asimismo no se documentó alguna por parte del Inspector del Servicio acreditando la ausencia del Ing. Residente del Servicio; HECHO QUE DETERMINA QUE NO SE HA CUMPLIDO CON LA FORMA DE VERIFICACION DEL SUPUESTO DE APLICACIÓN DE OTRAS PENALIDADES ESTABLECIDO POR LA MISMA MUNICIPALIDAD DENTRO DE LA CLAUSULA DUODECIMA DEL CONTRATO.

24. Al respecto, el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado mediante su Dirección Técnico Normativa, establece mediante Opinión N° 003-2022/DTN, lo siguiente:

“3. CONCLUSIONES

3.1. En el marco de lo establecido en el artículo 163 del Reglamento, se puede concluir que para aplicar las “otras penalidades”, **la Entidad tendrá que observar necesariamente tanto el procedimiento de verificación específico contemplado en los documentos del procedimiento de selección**, como la forma de cálculo también contemplada en estos. Sin perjuicio de las responsabilidades que pudieran corresponder.

3.2. Respecto de las “otras penalidades”, el artículo 163 del Reglamento ha precisado que en los documentos del procedimiento de selección debe contemplarse: (i) los supuestos de aplicación de penalidad; (ii) la forma de cálculo de la penalidad para cada supuesto; y, **(iii) el procedimiento mediante el cual se verifica el supuesto a penalizar, siendo estos tres requisitos indispensables para la aplicación de la penalidad. Contrario sensu, no será posible aplicar las “otras penalidades”** cuando el procedimiento de verificación de la penalidad no estuviese contemplado en los documentos del procedimiento de selección.

(...)” (el resaltado es agregado).

25. En este extremo, al no haberse acreditado la forma de verificación prevista por la MUNICIPALIDAD para la aplicación de otras

penalidades NO ES POSIBLE PODER APLICARLAS; por tanto, este Árbitro Único considera improcedente la aplicación de otras penalidades a las valorizaciones de los meses de junio, julio y agosto del 2021 correspondientes Fase III del CONTRATO y ve por conveniente disponer a la ENTIDAD proceda a la DEVOLUCION DEL MONTO S/. 4,300.00 (Cuatro mil trescientos con 00/100 soles).

ANALISIS DE LA SEGUNDA PRETENSION PRINCIPAL DE LA DEMANDA

“Que el Arbitro Único ordene a la Municipalidad Provincial de Urubamba, pague a favor de Magno Contratistas Generales S.A.C. los intereses legales moratorios, por la demora en los pagos correspondientes al Contrato N° 019-2020-MPU.”

26. Vista la pretensión de la parte DEMANDANTE, corresponde remitirnos al marco legal y contractual de los intereses solicitados, para lo cual en un primer momento nos remitimos a lo establecido en el artículo 39° de la LEY y el 171° del REGLAMENTO, que dispone:

Artículo 39. Pago

“(…)

39.3. **En caso de retraso de pago por parte de la ENTIDAD**, salvo se deba a caso fortuito o fuerza mayor, **esta reconoce al CONTRATISTA intereses legales correspondientes**, debiendo repetir contra los responsables de la demora injustificada (...)” (el resaltado es agregado)

Artículo 171. Del pago

“171.1. La Entidad paga las contraprestaciones pactadas a favor del contratista dentro de los quince (15) días calendario siguientes a la conformidad de los bienes, servicios en general y consultorías, siempre que se verifiquen las condiciones establecidas en el contrato para ello.

171.2. **En caso de retraso en el pago, el contratista tiene derecho al pago de intereses legales, los que se computan desde la oportunidad en que el pago debió efectuarse,**
(...)” (el resaltado es agregado)

27. Asimismo, nos remitimos a la Cláusula Cuarta del CONTRATO, que establece en su último párrafo lo siguiente:

CLAUSULA CUARTA: DEL PAGO.

“(…)

En caso de retraso en el pago por parte de la ENTIDAD, salvo a que se deba a caso fortuito o fuerza mayor, EL CONTRATISTA tendrá derecho al pago de intereses legales conforme a lo establecido en el artículo 39 de la Ley de Contrataciones del Estado y el 171 de su Reglamento, los que se computaran desde el momento que el pago debió efectuarse.”

28. En esta línea de análisis y habiéndose acreditado mediante el análisis realizado en la primera pretensión principal que la MUNICIPALIDAD aplico indebidamente penalidades en el desarrollo de la ejecución del CONTRATO materia de controversia; y al no haberse acreditado supuestos de caso fortuito o fuerza mayor, corresponde que la ENTIDAD reconozca y pague a favor del CONTRATISTA los intereses legales por los montos indebidamente retenidos a sus pagos a cuenta detallados en la primera pretensión principal de la demanda, debiendo calcularse desde la oportunidad en la que se debió realizar el pago hasta la fecha efectiva de su cancelación.

ANALISIS DE LA TERCERA PRETENSION PRINCIPAL DE LA DEMANDA

“Que el Arbitro Único ordene a la Municipalidad Provincial de Urubamba el pago de los costos y costas que irrogue el presente proceso arbitral.”

29. En relación a este extremo de la controversia, el DEMANDANTE plantea que el DEMANDADO asuma el íntegro de las costas y costos del arbitraje. Así, es preciso señalar que, de la revisión del convenio arbitral, no se verifica disposición alguna en torno a la distribución de los gastos arbitrales, de manera que este Árbitro Único considera adecuado remitirse a lo dispuesto en el artículo 70 de la Ley de Arbitraje:

“Artículo 70.- Costos

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

- a. Los honorarios y gastos del tribunal arbitral.*
- b. Los honorarios y gastos del secretario.*
- c. Los gastos administrativos de la institución arbitral.*
- d. Los honorarios y gastos de los peritos o de cualquier otra asistencia requerida por el tribunal arbitral.*

- e. Los gastos razonables incurridos por las partes para su defensa en el arbitraje.
- f. Los demás gastos razonables originados en las actuaciones arbitrales."

30. De Trazegnies Thorne, comentando el artículo 70 de la Ley de Arbitraje, señala una distinción entre costos del arbitraje propiamente dicho y gastos de defensa legal:

"Los costos del arbitraje pueden ser clasificados en dos grandes categorías generales. En primer lugar, los costos del procedimiento arbitral o los costos del arbitraje "propiamente dichos". Estos incluyen los honorarios y gastos de los árbitros, los costos administrativos de la institución arbitral u honorarios del secretario, los costos de la Entidad nominadora, si la hubiera, y los costos de los peritos designados de oficio por el Tribunal Arbitral. En segundo lugar, pueden identificarse los gastos de defensa de las partes, es decir, los gastos en que cada parte tuvo que incurrir para presentar su caso ante el Tribunal Arbitral. Mediante este listado, el artículo 70 ha incorporado como costos del arbitraje, sujetos a las reglas contenidas en el artículo 73, a ambas categorías. Los conceptos contemplados en los incisos a), b), c), d) constituyen costos del procedimiento arbitral a costos del arbitraje propiamente dichos, mientras que el inciso e) se refiere a los gastos de defensa incurridos por las partes (...)³"

31. Del mismo modo, de acuerdo con el numeral 1 del artículo 73° de la Ley de Arbitraje, aplicable de manera supletoria al presente caso, se dispone a la letra, lo siguiente:

Artículo 73.- Asunción o distribución de costos

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

³ De Trazegnies Thorne, Carolina. "Comentario al artículo 70 de la Ley Peruana de Arbitraje". En: *Comentarios a la Ley Peruana de Arbitraje*. Soto Coaguila, Carlos Alberto y Bullard Gonzáles, Alfredo (Coordinadores). Tomo II. Lima: Instituto Peruano de Arbitraje, 2010, p. 788.

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

32. Como se observa, de conformidad con el artículo 73° de la Ley de Arbitraje, aplicable al presente proceso arbitral, el reparto de los gastos arbitrales se efectúa teniendo en cuenta -en primer orden- el acuerdo que las partes hayan asumido al respecto, pero a falta de acuerdo, se dispone que dichos gastos son de cargo de la parte vencida, pudiendo este colegiado distribuir y prorratear el pago de estos costos entre las partes.
33. En tal sentido, considerando que no existe acuerdo previo entre las partes acerca de la distribución de los gastos arbitrales, correspondería que los costos del proceso sean asumidos íntegramente por la parte vencida; no obstante, este Árbitro Único resalta la buena conducta procesal de las partes, por lo que, su decisión debe enmarcarse en base a la facultad que tiene para distribuir y prorratear los costos del arbitraje entre las partes.
34. De ahí que, el Árbitro Único considera pertinente que las partes asuman en iguales proporciones los gastos arbitrales por concepto de honorarios profesionales del Árbitro Único y gastos de Arkadia Centro de Arbitraje y Conciliación, debiendo cada parte asumir los costos incurridos para su defensa legal como los honorarios profesionales de sus abogados, peritos y similares.

IX. LAUDO:

Por las razones expuestas, estando a los considerandos glosados, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 49° y 50° de la Ley de Arbitraje, y estando a lo prescrito por las normas legales invocadas, el Arbitro Único:

LAUDA:

PRIMERO: DECLARAR FUNDADA la primera pretensión principal de la demanda, en consecuencia, **DISPONER** que la Municipalidad Provincial de Urubamba, proceda con la devolución de la retención de la penalidad aplicada al Plan de Trabajo (Fase I) ascendente a la suma de S/. 1,252.99 (Un mil doscientos cincuenta y dos con 99/100 soles), la valorización N° 01 (mes de octubre de 2020 de la Fase II) ascendente a la suma de S/29,581.80 (Veintinueve mil quinientos ochenta y uno con 80/100 soles), y las aplicadas en la valorización del mes de junio, julio y agosto de 2021 (Fase III), ascendente a la suma de S/. 4,300.00 (Cuatro mil trescientos con 00/100 soles) del Contrato N° 019-2020 -MPU.

SEGUNDO: DECLARAR FUNDADA la segunda pretensión principal de la demanda, en consecuencia, **DISPONER** que la Municipalidad Provincial de Urubamba, pague a favor de Magno Contratistas Generales S.A.C. los intereses legales moratorios, por los montos indebidamente retenidos a sus pagos a cuenta, detallados en la primera pretensión principal.

TERCERO: DISPONER que el DEMANDANTE y el DEMANDADO asuman en partes proporcionales (cada uno al 50%) los costos derivados del presente proceso arbitral.

DECIMO PRIMERO: DISPONER que la Secretaría Arbitral notifique el presente Laudo a las partes y publique una copia del mismo en la página web del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado – OSCE.

El presente Laudo de Derecho consta de cincuenta y un (51) folios, a los cuales el Árbitro Único da conformidad con su firma en la última hoja



ROBERTO MARIO DURAND GALINDO
ÁRBITRO UNICO