



“Año del Bicentenario, de la consolidación de nuestra Independencia, y de la conmemoración de las heroicas batallas de Junín y Ayacucho”

**CENTRO DE CONCILIACION
Y ARBITRAJE “DR. ALENCAR”**

LAUDO DE DERECHO

EXPEDIENTE ARBITRAL N.º 128-2023-CA-DA

DEMANDANTE:

LUIS ENRIQUE MINA APARICIO

DEMANDADO:

MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE SUBTANJALLA

ARBITRO UNICO:

ALEXANDER ALBAN ALENCAR

SECRETARIO ARBITRAL:

SEGUNDO VICTOR LEÓN RAMÍREZ

DECISIÓN ARBITRAL N.º 007-2024- TA/CA-DA

Lima, 3 de mayo de 2024

I. EXISTENCIA DE UN CONVENIO ARBITRAL


1. El 21 de julio de 2022 la MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE SUBTANJALLA y el contratista LUIS ENRIQUE MINA APARICIO suscribieron el Contrato de servicio de consultoría N.º 03-2022-MDS/GM, Adjudicación Simplificada N.º 09-2022-MDS-CS, para la **CONTRATACIÓN DEL SERVICIO DE CONSULTORÍA DE OBRA PARA LA SUPERVISIÓN DE LA OBRA** denominada “MEJORAMIENTO Y AMPLIACION DEL SERVICIO DE PISTAS Y VEREDAS EN LAS CALLES Y PASAJES AGRUPAMIENTO LA ANGOSTURA I ETAPA, DISTRITO DE SUBTANJALLA – PROVINCIA DE ICA – DEPARTAMENTO DE ICA”, la misma que en su cláusula DÉCIMA SETIMA referente a “Solución de Controversias” acordó lo siguiente:

CLÁUSULA DÉCIMA SETIMA: SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS


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

Cualquiera de las partes tiene derecho a iniciar el arbitraje a fin de resolver dichas controversias

Av. Municipalidad N°200 Telf: 403120 - Subtanjalla - Ica
www.munisubtanjalla.gob.pe



Municipalidad Distrital de Subtanjalla
Creado por Ley N° 13174 del 10 de Febrero de 1959



dentro del plazo de caducidad previsto en la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento.

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

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

II. DESIGNACION DE ARBITRO UNICO E INSTALACION DEL TRIBUNAL ARBITRAL:

- AAA.:*
2. En virtud del convenio arbitral del Contrato de servicio de consultoría N.° 03-2022-MDS/GM del 21 de julio de 2022, referido en el numeral anterior, ambas partes sometieron sus controversias a la jurisdicción arbitral de un ARBITRO UNICO.
 3. De los actuados se tiene que en el proceso arbitral entre el contratista Ing. LUIS ENRIQUE MINA APARICIO y la MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE SUBTANJALLA recaído en el Expediente Arbitral N° 128-2023-CA-DA- las partes coincidieron en solicitar que la designación y/o elección del árbitro único deba ser realizado por el Centro de Arbitraje Dr. Alencar.
 4. El demandante LUIS ENRIQUE MINA APARICIO en su solicitud de inicio de arbitraje del 23 de junio de 2023 dejó en consideración al centro de arbitraje a designar un árbitro de la nómina del Centro de Arbitraje de la Asociación Civil Centro de Conciliación y arbitraje Dr. Alencar.
 5. Por ello, ha mérito de la reunión de designación aleatoria de árbitro realizado por el Consejo Superior de Arbitraje el 31 de julio de 2023 se designó como ARBITRO UNICO al Dr. ALEXANDER ALBAN ALENCAR, designación que al serle comunicada fue aceptada.
 6. El referido árbitro único, en el plazo conferido, cumplió con remitir su escrito de aceptación y junto con el remitió también su declaración jurada del deber de revelación; documentos que fueron puestos a consideración de las partes y, en el plazo reglamentario, ninguno de ellos objetó su designación ni mucho menos presentó recurso de recusación u otro. Quedando consentida su designación.
 7. Asimismo, se tiene que el 25 de agosto de 2023 se realizó la INSTALACION DEL TRIBUNAL ARBITRAL DE ARBITRO UNICO Y FIJACION DE REGLAS

ARBITRALES en el proceso arbitral entre el contratista LUIS ENRIQUE MINA APARICIO y la MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE SUBTANJALLA.

8. En este acto las partes declararon su conformidad con la designación del árbitro único y aceptaron su competencia para conducir el presente proceso arbitral y, de igual forma en el referido acto quedaron establecidos las reglas arbitrales que regirán el presente proceso arbitral y se fijó un cronograma de audiencias arbitrales. Acuerdos que fueron aceptados por las partes.

III. NORMATIVIDAD APLICABLE AL ARBITRAJE

9. En la regla N° 01 del acta de instalación del tribunal arbitral de árbitro único y fijación de reglas arbitrales del 25 de agosto de 2023 se estableció que: *“Las reglas aplicables al presente arbitraje serán las contenidas en el Reglamento de Arbitraje del Centro de Arbitraje de la Asociación Civil Centro de Conciliación y Arbitraje Dr. Alencar y lo pactado en el Contrato de Servicio de consultoría N.° 03-2022-MDS/GM del 21 de julio de 2022”.*
10. Asimismo, se debe tener en cuenta que la fecha de convocatoria del proceso de selección, la entrega de la buena pro y la suscripción del contrato fue realizado cuando estaba en vigencia el T.U.O. de la Ley de Contrataciones del Estado aprobado por Decreto Supremo N° 082-2019 y su reglamento el Decreto supremo N° 344-2018-EF del 30 de enero de 2019, modificado mediante Decreto Supremo N° 162-2021-EF, vigente al 26 de junio de 2021.

IV. ANTECEDENTES DEL PROCESO ARBITRAL

11. Con fecha 21 de julio de 2022 la MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE SUBTANJALLA, en adelante **LA ENTIDAD**, y el señor LUIS ENRIQUE MINA APARICIO en adelante **EL CONTRATISTA**, suscribieron el Contrato de servicio de consultoría N.° 03-2022-MDS/GM, denominado servicio de consultoría de obra para la supervisión de la obra denominada “MEJORAMIENTO Y AMPLIACION DEL SERVICIO DE PISTAS Y VEREDAS EN LAS CALLES Y PASAJES AGRUPAMIENTO LA ANGOSTURA I ETAPA, DISTRITO DE SUBTANJALLA – PROVINCIA DE ICA – DEPARTAMENTO DE ICA”, por el monto de S/. 77,022.40 (Setenta y siete mil veintidós con 40/100 soles) y por el plazo de ejecución de 120 días para la ejecución del servicio de supervisión y 30 días para la liquidación, en adelante **EL CONTRATO**.
12. Con fecha 23 de junio de 2023 **EL CONTRATISTA** presenta solicitud de inicio de arbitraje contra **LA ENTIDAD** la misma que fue admitida y que se corrió traslado a la otra parte en el plazo establecido.
13. Con fecha 28 de junio de 2023 se notificó a **LA ENTIDAD** el Oficio N.° 185-2023-ACCCADR-T en la que admite a trámite la solicitud de inicio de arbitraje presentada por el demandante y se corre traslado a la demandada para que se pronuncie en lo más conveniente a su derecho en el plazo perentorio, entre otros; asimismo, en el citado oficio se adjunta el enlace de la página web del centro de arbitraje Dr. Alencar (<https://www.alencar-arbitrajes.com/>), desde donde se puede acceder a la nómina de árbitros habilitados y a los reglamentos arbitrales del Centro, los mismos que rigen el presente proceso arbitral.
14. Siendo que, **LA ENTIDAD** –a través de su procurador público- contestó la solicitud de inicio de arbitraje– recepcionado por **EL CENTRO** el 07 de julio de 2023 y junto con su contestación apersonó a la abogada Gianina Carmen Caro Seminario – en

consecuencia, el escrito de contestación fue comunicado a la otra parte en el plazo establecido.

15. Con Oficio Múltiple N.º 319-2023-ACCCADR-T, notificado a las partes el 28 de agosto de 2023, en la que se remitió el acta de instalación, fijación de reglas y cronograma de audiencias arbitrales del 25 de agosto de 2023, la misma que fue aprobada por las partes para su oportuno cumplimiento y que se les puso en conocimiento para los fines reglamentarios.
16. Mediante **DECISIÓN ARBITRAL N.º 001-2023-CA-DA** notificado a las partes el 14 de octubre de 2023, en la que resuelve consentir el acta de instalación, fijación de reglas y cronograma de audiencias arbitrales del 25 de agosto de 2023 y comunicar a la parte demandante— **EL CONTRATISTA**— que a partir de la notificación tiene siete (7) días hábiles para presentar su demanda arbitral, por último, que una vez notificada la presente decisión arbitral se debe contabilizar el inicio de los plazos de las obligaciones y actuaciones arbitrales.
17. Con **DECISIÓN ARBITRAL N.º 002-2023-CA-DA** notificado a las partes el 30 de octubre de 2023, se resuelve admitir a trámite el escrito de demanda arbitral -y sus ocho (8) anexos- presentado por la parte demandante -**EL CONTRATISTA**- el 24 de octubre de 2023 en la forma y plazos pactados.
18. Con **DECISIÓN ARBITRAL N.º 003-2023-CA-DA** notificada a las partes el 23.11.2023, se resolvió admitir a trámite la contestación de la demanda arbitral -y sus seis (6) medios probatorios- la cual fue presentada en la forma y plazos reglamentados. Se remitió una copia de dicha contestación y sus anexos a la parte demandante para su conocimiento. Se convocó a las partes a la audiencia de conciliación, fijación de puntos controvertidos y admisión de medios probatorios solicitando a las partes para que en plazo perentorio puedan presentar su propuesta de conciliación y de puntos controvertidos.
19. Con fecha 04 de diciembre de 2023 se realizó la **Audiencia de conciliación, fijación de puntos controvertidos y admisión de medios probatorios** en la que se declaró saneado el proceso arbitral; en relación a la conciliación el demandante decide someterse a la conciliación solicitada por la parte demandada y en consecuencia ambas partes proponen **suspender la presente audiencia por 10 días hábiles, a fin de arribar a un acuerdo conciliatorio**, en ese sentido, la audiencia de conciliación, fijación de puntos controvertidos y admisión de medios probatorios QUEDÓ SUSPENDIDA.
20. Con **DECISIÓN ARBITRAL N.º 004-2024-CA-DA** notificado a las partes el 08 de enero de 2024, se resuelve continuar con la audiencia de Conciliación, fijación de puntos controvertidos y admisión de medios probatorios -suspendida- la misma que se desarrollará el martes 16 de enero del 2024 a horas 09:00 am.
21. Con fecha **16 de enero de 2024 se realizó la audiencia de conciliación, fijación de puntos controvertidos y admisión de medios probatorios** en la que se declaró saneado el proceso arbitral, se fijaron los puntos controvertidos y se admitió los medios ofrecidos por cada una de las partes y se le citó a la ilustración de hechos y otros.
22. Con fecha 02 de febrero 2024 se realizó la audiencia de ilustración de hechos y actuaciones probatorias, teniendo cada una de las partes la oportunidad de ilustrar sus pretensiones y asimismo teniéndose presente que las partes solo presentaron medios probatorios documentales -y ningún otro medio probatorio que amerite su actuación-, el árbitro único declaró cerrada la Audiencia de ilustración de hechos y

de actuaciones probatorias y comunicó a las partes que se les concede plazo hasta el 09.02.2024 para la presentación por escrito de sus alegatos finales.

23. Con **DECISIÓN ARBITRAL N° 05-2024-CA-DA** notificado a las partes el 03.03.2024, el árbitro único declara el cierre de las actuaciones arbitrales y en consecuencia comunica el inicio de la etapa resolutive, esto es, la etapa de emisión del laudo arbitral y se les concede el plazo de cinco días hábiles para que presenten por escrito a la mesa de partes virtual su liquidación de costos arbitrales.
24. Con **DECISIÓN ARBITRAL N° 06-2024-CA-DA** del 15.04.2024 el árbitro único Comunica a las partes que, por iniciativa propia, ha ampliado el plazo para la emisión del laudo hasta por 15 días hábiles más, es decir hasta el 06.05.2024.

En 15 días hábiles a partir de **lunes 15 de abril de 2024**, será:

martes 07 de mayo de 2024

Este cálculo omite los siguientes días feriados o no laborables:

- **Miércoles 01 Mayo:** Día del Trabajo



V. BREVE RESEÑA DE LA DEMANDA:

25. Con fecha 23 de junio de 2023 **EL CONTRATISTA** interpuso demanda arbitral contra **LA ENTIDAD**, siendo las pretensiones de la demanda como siguen:

- **“PRIMERA PRETENSIÓN.** – *que el árbitro único determine que, no corresponde aplicar otras penalidades al ingeniero Luis Enrique Mina Aparicio, por el supuesto de penalidad 2 y la penalidad N° 05 establecida en la cláusula duodécima del contrato, por no haberse consignado en el contrato el procedimiento a seguir para verificar la configuración del supuesto que dará lugar a la aplicación de otras penalidades, según lo establecido en el numeral 163.1 del artículo 163 del reglamento de la ley de contrataciones del estado, concordante con el numeral 2.4.1 y numeral 3.2 de la opinión N° 052.2022/DTN.*
- **SEGUNDA PRETENSIÓN.** – *en el caso que se declare fundada nuestra primera pretensión y como consecuencia de ello no corresponde aplicar la máxima penalidad por el supuesto de penalidad 02 y el supuesto de la penalidad n° 05, por lo tanto, solicitamos que el árbitro único determine que corresponde declarar ineficaz la carta notarial notificada con fecha 12.05.2023, por lo tanto, el contrato de servicio de consultoría N° 03-2022-MDS/GM continua vigente.*
- **TERCERA PRETENSIÓN.** – *que el árbitro único ordene a la municipalidad distrital de Ocucaje (sic) a pagar al ingeniero Luis Enrique Mina Aparicio el importe de s/.42,747.43 (cuarenta y dos mil setecientos cuarenta y siete y 437100 soles), que corresponde el pago de la valorización N° 03 (octubre 2022), valorización N° 04 (marzo del 2023), valorización N°05 (abril del 2023), más los intereses legales desde la fecha que correspondía realizar su pago, hasta la fecha de pago efectivo.*
- **CUARTA PRETENSIÓN.** – *que en el caso que la municipalidad distrital de Subtanjalla sea la parte vencida en el presente arbitraje, que el árbitro único ordene a la municipalidad distrital de Subtanjalla el pago la totalidad de los gastos arbitrales”.*

HECHOS MATERIA DE LA PRESENTE CONTROVERSIA

26. En ese mismo sentido, **EL CONTRATISTA** presentó demanda el 24 de octubre de 2023 y manifestó que ampara sus pretensiones en los siguientes fundamentos de hecho y derecho:

QUE EL CONTRATISTA MANIFIESTA QUE, SOBRE NUESTRA PRIMERA PRETENSION que el árbitro único determine que, no corresponde aplicar otras penalidades al ingeniero Luis Enrique Mina Aparicio, por el supuesto de penalidad 2 y la penalidad N° 05 establecida en la cláusula duodécima del contrato, por no haberse consignado en el contrato el procedimiento a seguir para verificar la configuración del supuesto que dará lugar a la aplicación de otras penalidades, según lo establecido en el numeral 163.1 del artículo 163 del reglamento de la ley de contrataciones del estado, concordante con el numeral 2.4.1 y numeral 3.2 de la opinión N° 052-2022/DTN.

27. **QUE EL CONTRATISTA MANIFIESTA QUE**, la causal para la resolución de nuestro contrato fue por la acumulación de máxima penalidad por otras penalidades, por el supuesto incumplimiento de penalidad 2 y 5 establecida en la cláusula duodécima del contrato de servicio de consultoría N° 03-2022-MDS/GM, servicio de consultoría de supervisión de la obra denominada: "mejoramiento y ampliación del servicio de pistas y veredas en las calles y pasajes agrupamiento la angostura I etapa, distrito de Subtanjalla, provincia de Ica, departamento de Ica", y que según la entidad contratante correspondía aplicar una penalidad a mi representada por el importe de S/. 7,702.24 (siete mil setecientos dos y 24/100 soles), lo cual corresponde al 10% del monto de contrato vigente, y que, por lo tanto, al haberse acumulado la penalidad máxima por otras penalidades, es que la entidad contratante nos resolvió el contrato, lo cual nos fue comunicado mediante carta notarial notificada con fecha 12.05.2023.




28. **QUE EL CONTRATISTA MANIFIESTA QUE**, al respecto es necesario precisar que en el artículo 161° del reglamento de la ley de contrataciones del estado se establece lo siguiente: "Artículo 161. penalidades. 161.1. el contrato establece las penalidades aplicables al contratista ante el incumplimiento injustificado de sus obligaciones contractuales a partir de la información brindada por el área usuaria, las mismas que son objetivas, razonables y congruentes con el objeto de la convocatoria. 161.2. la entidad prevé en los documentos del procedimiento de selección la aplicación de la penalidad por mora; asimismo, puede prever otras penalidades. estos dos (2) tipos de penalidades pueden alcanzar cada una un monto máximo equivalente al diez por ciento (10%) del monto del contrato vigente, o de ser el caso, del ítem que debió ejecutarse. 161.3. en el caso de obras, dentro de las otras penalidades que se establezcan en los documentos del procedimiento, incluyen las previstas en el capítulo VI del presente título".
29. **QUE EL CONTRATISTA MANIFIESTA QUE**, asimismo se debe tener en cuenta lo establecido en el artículo 163 del reglamento de la ley de contrataciones del estado se establece lo siguiente: artículo 163. otras penalidades. 163.1. los documentos del procedimiento de selección pueden establecer penalidades distintas a la mencionada en el artículo 162, siempre y cuando sean objetivas, razonables,

congruentes y proporcionales con el objeto de la contratación. para estos efectos, incluyen los supuestos de aplicación de penalidad, distintas al retraso o mora, la forma de cálculo de la penalidad para cada supuesto y el procedimiento mediante el cual se verifica el supuesto a penalizar. 163.2. estas penalidades se calculan de forma independiente a la penalidad por mora.

30. **QUE EL CONTRATISTA MANIFIESTA QUE**, como se puede apreciar según lo establecido en el numeral 163.1 del artículo 163 del reglamento de la ley de contrataciones del estado es obligatorio que en los documentos del procedimiento de selección se pueden establecer penalidades distintas a la penalidad por mora, pero que para que estos surtan efectos se debe incluir en los documentos del proceso de selección y el contrato el procedimiento mediante el cual se verifica el supuesto a penalizar.

31. **QUE EL CONTRATISTA MANIFIESTA QUE**, revisado la cláusula duodécima: penalidades del contrato de servicio de consultoría N° 03-2022-MDS/GM, la entidad solo estableció un procedimiento para realizar la aplicación de penalidades, lo cual dice así: según informe del área de la gerencia de desarrollo urbano a cargo de la supervisión del contrato, con lo cual se acredita que no se estableció el procedimiento mediante el cual se verifica el supuesto a penalizar, lo cual contraviene lo establecido en el numeral 163.1 del artículo 163 del reglamento de la ley de contrataciones del estado.

 32. **QUE EL CONTRATISTA MANIFIESTA QUE**, como se aprecia la entidad contratante asumió que con consignar como procedimiento para la aplicación de la penalidad : según informe del área de la gerencia de desarrollo urbano a cargo de la supervisión del contrato, daba por cumplido con lo establecido en el numeral 163.1 del artículo 163 del reglamento de la ley de contrataciones del estado de establecer el procedimiento mediante el cual se verifica el supuesto a penalizar, pero que de su lectura se puede verificar que lo consignado como procedimiento, no es un procedimiento mediante el cual se verifica el supuesto a penalizar.

33. **QUE EL CONTRATISTA MANIFIESTA QUE**, es necesario precisar que las otras penalidades no se aplican en forma automática, así como se aplica la penalidad por mora, ya que en el numeral 162.1 del artículo 162 del reglamento de la ley de contrataciones del estado se establece que la entidad contratante aplica en forma automática la penalidad por mora; pero que sin embargo en el artículo 163 otras penalidades del reglamento de la ley de contrataciones del estado no se establece que la entidad contratante pueda aplicar las otras penalidades en forma automática. sino que se establece que previa a su aplicación se debe seguir un procedimiento de verificación del supuesto a penalizar.

34. **QUE EL CONTRATISTA MANIFIESTA QUE**, que lo dispuesto en la cláusula duodécima del contrato, no supone en términos legales un procedimiento mediante el cual se puedan verificar los supuestos a penalizar de conformidad con el artículo 163 del RLCE, ello, debido a que a través de este no se establece posibilidad alguna

que la entidad pueda oír y atender los descargos del contratista cabe tener en consideración que el procedimiento supone, entre otros, y como es lógico: **(i) la preexistencia de un procedimiento previo para la aplicación de penalidades; y, (ii) la posibilidad de refutar las infracciones/penalidades y de exponer argumentos, que se resume en el derecho a ser oído.**

35. **QUE EL CONTRATISTA MANIFIESTA QUE**, resulta fundamental, destacar que la norma contenida en el artículo 163 del RLCE, que se refiere a la preexistencia del procedimiento mediante el cual se verifica el supuesto a penalizar no es sólo una de carácter imperativo, sino que es una norma de orden público y que plantea en el caso concreto también una cuestión de orden público.

36. **QUE EL CONTRATISTA MANIFIESTA QUE**, cabe referirse, en tal orden de ideas, a la aplicación del Código Civil. sobre el particular, es pertinente traer a colación lo señalado por la dirección general de desarrollo normativo y calidad regulatoria del Ministerio de Justicia y Derechos humanos en los párrafos 55 y 56 de la consulta jurídica N° 17-2018-JUS/DGDNCR, los cuales se transcriben a continuación:

"55. El proceso de contratación, en general, consta de varias etapas, empezando por los actos preparatorios, el desarrollo del proceso de contratación y finalmente la ejecución del contrato. durante los actos. preparatorios, no ha y ninguna relación especial de la administración hacia los ciudadanos, a quienes se les considera administrados. de igual manera, durante el desarrollo del proceso de contratación, los postores no cambian su estatus jurídico frente a la administración, pues también son considerados como administrados.

56. durante la etapa de ejecución contractual la relación jurídica se desarrolla entre los proveedores del estado y la entidad pública contratante. estos proveedores del estado ya no son considerados como administrados, sino que existe entre ellos y la entidad contratante una relación contractual, que se rige ya no por las normas del procedimiento administrativo general, sino por lo dispuesto, en primer lugar, en el contrato, luego, en las bases y términos de referencia y finalmente en las normas de contrataciones del estado. los proveedores del estado no tienen la calidad de administrados ante la entidad contratante, por lo que las normas sustantivas aplicables a la relación jurídica contractual que se ha generado no son las normas de la ley del procedimiento administrativo general".

37. **QUE EL CONTRATISTA MANIFIESTA QUE**, en tal sentido, cabe la aplicación del código civil. el numeral 8) del artículo 219 del Código Civil establece que, "artículo 219.- El acto jurídico es nulo: [. .] 8.- En el caso del artículo V del título preliminar, salvo que la ley establezca sanción diversa."

38. **QUE EL CONTRATISTA MANIFIESTA QUE**, en dicha línea el artículo v del título preliminar del código civil dispone que, "Artículo V.- es nulo el acto jurídico contrario a las leyes que interesan al orden público o a las buenas costumbres.

39. **QUE EL CONTRATISTA MANIFIESTA QUE**, por lo expuesto el extremo del supuesto N° 2 y 5, de la cláusula duodécima - penalidades- del contrato bajo el rubro "otras penalidades". deviene en nulo e ineficaz por contravenir la norma de orden

público contenida en el artículo 134 del RLCE. esto es, no establecer de manera clara los presupuestos que rigen el procedimiento mediante el cual se verifica el o los supuestos de incumplimiento a penalizar, así como la posibilidad de la contraparte de realizar los descargos y/o sustentos respectivos que pudieran asistir a su derecho con el objeto de rebatir o contradecir los incumplimientos que se le imputan.

40. **QUE EL CONTRATISTA MANIFIESTA QUE**, por las razones expuestas la penalidad por el supuesto 2 y 5 de la cláusula duodécima del contrato y que fue la causal de resolución de contrato carecen de eficacia. que, asimismo la dirección técnica normativa del OSCE mediante la opinión n° 052-2022, en su numeral 2.4.1 estableció lo siguiente: tal como se ha indicado previamente, si en los documentos del procedimiento de selección no se ha contemplado el procedimiento a seguir para verificar la configuración del supuesto que dará lugar a la aplicación de "otras penalidades", dicha penalidad no podrá ser aplicada al contratista.

41. **QUE EL CONTRATISTA MANIFIESTA QUE**, asimismo en el numeral 3.2 de las conclusiones de la misma opinión se establece lo siguiente: 3.2. Si en los documentos del procedimiento de selección no se ha contemplado el procedimiento a seguir para verificar la configuración del supuesto que dará lugar a la aplicación de "otras penalidades", dicha penalidad no podrá ser aplicada al contratista.

AA.1.-:

42. **QUE EL CONTRATISTA MANIFIESTA QUE**, es necesario precisar que las opiniones emitidas por el OSCE, tienen carácter vinculante, ya que el OSCE en su calidad de organismo técnico especializado en materia de contratación estatal, tiene asignada la competencia de establecer el sentido y el alcance de la normativa de contrataciones del estado a través de la emisión de opiniones; en esa medida, ninguna otra entidad de la administración pública puede ejercer dicha función, de conformidad con el principio de organización e integración contemplado en el artículo v del título preliminar de la Ley n° 29158 "ley orgánica del poder ejecutivo", por lo tanto las opiniones emitidas por el OSCE tienen carácter vinculante y de obligatorio cumplimiento para los funcionarios de las entidades, contratistas, supervisores, contraloría general de la república, conciliadores, árbitros, jueces, fiscales y demás funcionarios públicos, que aplican la ley y el reglamento de la ley de contrataciones del estado, tal como se encuentra establecido en la opinión N° 211-2017/DTN.

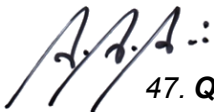
43. **QUE EL CONTRATISTA MANIFIESTA QUE**, en el presente caso se encuentra debidamente acreditado que en el contrato no se ha establecido el procedimiento a seguir para verificar la configuración del supuesto que dará lugar a la aplicación de otras penalidades, por lo tanto, la penalidad aplicada al consultor, por el supuesto de penalidad 2 y 5 de la cláusula duodécima del contrato resulta también inaplicable. **por las razones expuestas solicitamos al árbitro único declare fundado nuestra primera pretensión.**

44. **QUE EL CONTRATISTA MANIFIESTA QUE**, sobre nuestra segunda pretensión. - en el caso que se declare fundada nuestra primera pretensión y como consecuencia

de ello no corresponde aplicar la máxima penalidad por el supuesto de penalidad 2 y el supuesto de la penalidad N° 05, por lo tanto, solicitamos que el árbitro único determine que corresponde declarar ineficaz la carta notarial notificada con fecha 12.05.2023, por lo tanto, el contrato de servicio de consultoría N° 03-2022-MDS/GM continua vigente.

45. QUE EL CONTRATISTA MANIFIESTA QUE, habiendo declarado fundada nuestra primera pretensión, por lo tanto, no existió la causal de resolución de contrato que sustenta la carta notarial notificada por la entidad contratante con fecha 12.05.2023, por lo tanto, dicha carta notarial carece de eficacia, por lo tanto, se concluye que el contrato, continua vigente. **por las razones expuestas solicitamos que el árbitro único declare fundada nuestra segunda pretensión.**

46. QUE EL CONTRATISTA MANIFIESTA QUE, sobre nuestra tercera pretensión. - que el árbitro único ordene a la Municipalidad distrital de Ocucaje (sic) a pagar al ingeniero Luis Enrique Mina Aparicio el importe de S/.42,747.43 (cuarenta y dos mil setecientos cuarenta y siete y 437100 soles), que corresponde el pago de la valorización N° 03 (octubre 2023), valorización N° 04 (marzo del 2023), valorización n° 05 (abril del 2023), más los intereses legales desde la fecha que correspondía realizar su pago, hasta la fecha de pago efectivo.



47. QUE EL CONTRATISTA MANIFIESTA QUE, la entidad contratante solo realizó el pago de las valorizaciones N° 01 y 02, pero que quedaron pendiente el pago de las valorizaciones valorización N° 03 (octubre 2022), valorización n° 04 (marzo del 2023), valorización N° 05 (abril del 2023), que la valorización n° 03, por el importe des/. 12,708.70 (doce mil setecientos ocho y 70/100 soles), corresponden a los servicios prestados en el mes de octubre 2022, fue presentado a la entidad contratante mediante carta N° 072- 2022/Iema, con fecha 08.11.2022, pero que hasta la fecha la entidad contratante incumplió su pago.

48. QUE EL CONTRATISTA MANIFIESTA QUE, la valorización N° 04, por el importe de S/. 16,174.70 (dieciséis mil ciento setenta y cuatro y 70/100 soles), corresponden a los servicios prestados en el mes de marzo 2023 y que fue presentado a la entidad contratante mediante Carta N° 105-2023/Iema, con fecha 14.04.2023, pero que hasta la fecha la entidad contratante incumplió su pago.

49. QUE EL CONTRATISTA MANIFIESTA QUE, la valorización N° 05, por el importe de S/.13,864.03 (trece mil ochocientos sesenta y cuatro y 03/100 soles), corresponden a los servicios prestados en el mes de abril 2023, fue presentado a la entidad contratante mediante Carta N° 118-2023/Iema, con fecha 10.05.2023, pero que hasta la fecha la entidad contratante incumplió su pago. por lo tanto, a la fecha la entidad contratante adeuda al supervisor el importe total de S/. 42,747.43, lo cual corresponde que la entidad contratante cumpla con estos pagos adeudados.

50. QUE EL CONTRATISTA MANIFIESTA QUE, por las razones expuestas solicitamos al árbitro único declare fundada nuestra tercera pretensión y ordene a la municipalidad de Subtanjalla el pago por el importe de S/. 42,747.43, más los

intereses legales desde la fecha que correspondía realizar cada pago, hasta la fecha de pago efectivo.

51. **QUE EL CONTRATISTA MANIFIESTA QUE**, sobre nuestra cuarta pretensión. - que en el caso que la municipalidad distrital de Subtanjalla sea la parte vencida en el presente arbitraje, que el árbitro único ordene a la municipalidad distrital de Subtanjalla el pago la totalidad de los gastos arbitrales.
52. **QUE EL CONTRATISTA MANIFIESTA QUE**, en el artículo 73° de la ley de arbitraje se establece lo siguiente: artículo 73.-asunción o distribución de costos. 1. el tribunal arbitral tendrá en cuenta a efectos de imputar o distribuir los costos del arbitraje, el acuerdo de las partes. a falta de acuerdo, los costos del arbitraje serán de cargo de la parte vencida. sin embargo, el tribunal arbitral podrá distribuir y prorratear estos costos entre las partes, si estima que el prorrateo es razonable, teniendo en cuenta las circunstancias del caso.
53. **QUE EL CONTRATISTA MANIFIESTA QUE**, por lo tanto, en el caso que la municipalidad distrital de Subtanjalla sea la parte vencida en el presente caso arbitral solicitamos que el árbitro único le ordene asumir los costos del arbitraje. por las razones expuestas solicitamos al árbitro único declare fundado nuestra cuarta pretensión”.



VI. BREVE RESEÑA DE LA CONTESTACION DE LA DEMANDA

54. Con escrito del 07 de julio de 2023 **LA ENTIDAD** a través de su PROCURADORA PÚBLICA -Abogada Gianina Carmen Caro Seminario- presentó su CONTESTACIÓN A LA DEMANDA DE ARBITRAJE, la misma que se admitió a trámite y fue redactada en los siguientes términos:
55. **QUE LA ENTIDAD MANIFIESTA QUE, Primero.** - En cuanto a la primera pretensión del demandante de que no corresponde aplicar las otras penalidades, por el supuesto de penalidad 2 y la penalidad 5 establecida en la cláusula duodécima del contrato, por no haberse consignado en el contrato sin embargo de la revisión del contrato en la misma cláusula duodécima en las siguientes, donde se menciona que adicionalmente a la penalidad por mora se aplicara las siguientes penalidad en los números 2 y 5 del cuadro de penalidades y del Informe N°63-2023- MONITOR-PEMU/MDS.
56. **QUE LA ENTIDAD MANIFIESTA QUE**, el argumento principal en la demanda es “pretender asumir que no existe un pronunciamiento para la aplicación de las penalidades, y que, pese a que se fijó de manera textual el procedimiento para la aplicación de la penalidad, la parte demandante pretende indicar, y por ende confundir al árbitro único, haciendo mención de que no es suficiente el procedimiento no es suficiente (sic) o “NO es un procedimiento mediante el cual se verifica el supuesto a penalizar”.

57. Es innegable que se puede determinar que le correspondía las dos penalidades y los procedimientos mediante el cual se verifican los supuestos son claros y objetivos que fueron objeto de revisión y constatación, además de los montos equivalentes a las penalidades están fijados de manera textual con lo que se procederá a exhibir de la siguiente manera: **Cálculo de las penalidades:**

Penalidades			
N°	Supuestos de aplicación de penalidad	Forma de cálculo	Procedimiento
1	Cuando el personal acreditado permanece menos de sesenta (60) días desde el inicio de su participación en la ejecución del contrato o del íntegro del plazo de ejecución, o esto es mayor a los sesenta (60) días, de conformidad con las disposiciones establecidas en el numeral 190.2 del Reglamento.	1 UIT Por cada día de ausencia del personal en el plazo previsto.	Segun informe del área de la Gerencia de Desarrollo Urbano a cargo de la supervisión del contrato.
2	En caso el contratista incumpla con su obligación de ejecutar la prestación con el personal acreditado o debidamente sustituido.	1 UIT Por cada día de ausencia del personal.	Segun informe del área de la Gerencia de Desarrollo Urbano a cargo de la supervisión del contrato.
3	Si como consecuencia de verificar el funcionamiento u operatividad de la infraestructura culminada y las instalaciones y equipos en caso corresponda, el comité de recepción advierte que la obra no se encuentra culminada.	3.00% del monto del contrato de supervisión.	Segun informe del comité de recepción.
4	En caso culmine la relación contractual entre el contratista y el personal ofertado y la Entidad no haya aprobado la sustitución del personal por no cumplir con las experiencias y calificaciones del profesional a ser reemplazado.	0.5 UIT Por cada día de ausencia del personal.	Segun informe del área de la Gerencia de Desarrollo Urbano a cargo de la supervisión del contrato.
5	No encontrarse en la obra, el personal o equipo propuesto (por cada día)	0.5 UIT Por cada día y por cada personal propuesto que no se encuentre en obra	Segun informe del área de la Gerencia de Desarrollo Urbano a cargo de la supervisión del contrato.

58. **QUE LA ENTIDAD MANIFIESTA LO SIGUIENTE:** Ausencia en obra del jefe de supervisión, del especialista Ambiental y el especialista de Seguridad en Obra y Salud en el Trabajo de los días 3 y 20 de abril mediante acta de visita de Recopilación de Información N°01/GRIC/JEJDM y acta de recopilación de información e inspección física de obra N°001-2023-CG/OCI-MPI, representantes del órgano de Control Institucional de la Municipalidad Provincial de Ica y Representantes de la Gerencia de Desarrollo Urbano de la Municipalidad distrital de Subtanjalla, de los cuales del cuadro de penalidades número 2 establece "en caso de que el contratista incumpla con su obligación de ejecutar la prestación con el personal acreditado o debidamente sustituido se aplicará 1 UIT por cada día de ausencia del personal por el monto de S/4,600.000, en el numero 5 no encontrarse en la obra, el personal o equipo propuesto se aplicará el 0.5 UIT por cada día y por cada personal propuesto que no se encuentre en obra que fueron dos dando un monto de S/4,600.00, danta un monto total de S/9,200.00 debiendo tener en cuenta que fueron dos días de ausencia de dicho personal por lo que daría un monto total de S/18,400.00 superando el monto máximo de penalidad aplicable equivalente (10 %) del monto del contrato vigente, teniendo en Cuenta el Informe Legal N°261-2023-GAJ-MDS, donde estipula los valores de la UIT vigente para lo cual se aplicara el valor de la UIT vigente .al tiempo de la comisión de la penalidad que en este caso correspondería S/4,950.00 por lo que la penalidad asciende a S/ 19,800.00.

59. **QUE LA ENTIDAD MANIFIESTA QUE, Segundo.** - En cuanto a la pretensión de que declare ineficaz la carta notarial notificada con fecha 12.05.2023, se debe tener presente DECRETO SUPREMO N°344-2018-EF Reglamento de la Ley N°30225, Ley de Contrataciones del Estado de que en su artículo 165 numeral 165.4. señala "La Entidad puede resolver el contrato sin requerir previamente el cumplimiento al contratista, cuando se deba a la acumulación del monto máximo de penalidad por mora u otras penalidades o cuando la situación de incumplimiento no pueda ser

revertida. En estos casos, basta comunicar al contratista mediante carta notarial la decisión de resolver el contrato", como se puede apreciar líneas arriba y el cuadro de penalidades siguiente:

Penalidades			
N°	Supuestos de aplicación de penalidad	Forma de cálculo	Procedimiento
1	Cuando el personal acreditado permanece menos de sesenta (60) días desde el inicio de su participación en la ejecución del contrato o del íntegro del plazo de ejecución, si este es menor a los sesenta (60) días, de conformidad con las disposiciones establecidas en el numeral 190.2 del artículo 190 del Reglamento.	1 UIT Por cada día de ausencia del personal en el plazo previsto.	Según informe del área de la Gerencia de Desarrollo Urbano a cargo de la supervisión del contrato.
2	En caso el contratista incumpla con su obligación de ejecutar la prestación con el personal acreditado o debidamente sustituido.	1 UIT Por cada día de ausencia del personal.	Según informe del área de la Gerencia de Desarrollo Urbano a cargo de la supervisión del contrato.
3	Si como consecuencia de verificar el funcionamiento u operatividad de la infraestructura culminada y las instalaciones y equipos en caso correspondiente, el comité de recepción advierte que la obra no se encuentra culminada.	3.00% del monto del contrato de supervisión.	Según informe del comité de recepción.
4	En caso culmine la relación contractual entre el contratista y el personal ofertado y la Entidad no haya aprobado la sustitución del personal por no cumplir con las experiencias y calificaciones del profesional a ser reemplazado.	0.5 UIT Por cada día de ausencia del personal.	Según informe del área de la Gerencia de Desarrollo Urbano a cargo de la supervisión del contrato.
5	No encontrarse en la obra, el personal o equipo propuesto (por cada día)	0.5 UIT Por cada día y por cada personal propuesto que no se encuentre en obra.	Según informe del área de la Gerencia de Desarrollo Urbano a cargo de la supervisión del contrato.

60. **QUE LA ENTIDAD MANIFIESTA QUE, Tercero.** - En cuanto a la pretensión de que se nos ordene pagar el importe de S/42,747.43 que corresponde al pago de la valorización N°03, N°04 y N°05, mediante Informe N°704-2023- GDU/PELB/MDS, la Gerencia de Desarrollo Urbano da a conocimiento que a la fecha se encuentra pendiente de tramitación la Valorización de obra N°04 y N°05, las mismas que se encuentran observadas por el área usuaria y al tener la negativa del Ingeniero Luis Enrique Mina Aparicio para recepcionarlas y realizar la subsanación conjuntamente con la empresa contratista, por lo que la entidad aun no puede continuar con la tramitación para el pago de dichas valorizaciones en el plazo establecido, pudiendo ocasionar un perjuicio económico a la entidad, si el contratista solicitara el reconocimiento de los intereses legales efectivos conforme a lo indicado en el numeral 194.7 del artículo 194 del Reglamento de la Ley 30225, Ley de Contrataciones del Estado.

61. **QUE LA ENTIDAD MANIFIESTA QUE, Cuarto.** - De lo antes expuesto se puede determinar que la entidad según el Artículo 164. Reglamento de la Ley N°30225, Ley de Contrataciones del Estado, donde señala: " Causales de resolución 164. 1. La Entidad puede resolver el contrato, de conformidad con el artículo 36 de la Ley, en /os casos en que el contratista: a) Incumpla injustificadamente obligaciones contractuales, legales o reglamentarias a su cargo, pese a haber sido requerido para ello; b) Haya llegado a acumular el monto máximo de la penalidad por mora o el monto máximo para otras penalidades, en la ejecución de la prestación a su cargo; o (...)" . Por lo que se solicita se dé por resuelto el contrato."

62. **QUE LA ENTIDAD MANIFIESTA QUE, Quinto.** - En el supuesto negado el Arbitro Único tenga dar por fundada las dos primeras pretensiones y por ende ordene el pago de las liquidaciones N°3, N°4 y N°5, debe de considerar lo expuesto en el punto Tercero "la Valorización de obra N°04 y N°5, las mismas que se encuentran observadas por el área usuaria y al tener la negativa del

Ingeniero Luis Enrique Mina Aparicio, para decepcionarlas y realizar la subsanación conjuntamente con la empresa contratista”. Con respecto de este punto el artículo 209 inciso 9 que versa sobre las liquidaciones de contrato de obra, indica claramente “No se procede a la liquidación mientras exista controversias pendientes por resolver.

63. **QUE LA ENTIDAD MANIFIESTA QUE,** Es decir, las valorizaciones antes mencionadas han sido observadas por el área indica y estas observaciones y demás actuaciones no han sido ventiladas, analizadas o exhibidas en el presente proceso arbitral, con lo que el árbitro único no podrá pronunciarse sobre estas valorizaciones al tener insuficientes medios de prueba que le permitan tener convicción y poder tener un Laudo Arbitral que respete el debido proceso. Siendo el debido proceso una causal específica para la validez del Laudo Arbitral, por lo que el Demandante deberá hacer valer su derecho respecto a las valorizaciones observadas en la instancia o jurisdicción correspondiente. De manifestarse sobre este punto se deja expresa constancia que se procederá en instancia correspondiente a solicitar la Nulidad de Laudo Arbitral.

AAA:

64. **QUE LA ENTIDAD MANIFIESTA QUE, Sexto.** - con respecto a los gastos y los costos del centro de arbitraje, así como los del árbitro único. La ley de arbitraje en su artículo 73 establece claramente que el Árbitro Único podrá distribuir los costos arbitrales, teniendo en cuenta las circunstancias del caso.

65. **QUE LA ENTIDAD MANIFIESTA QUE,** en el presente procedimiento arbitral, se ha demostrado que la Municipalidad Actuó de acuerdo a su derecho y respetando los principios de buena fe presentes en todos los contratos, sean públicos o privados. Es evidente que, al imponer una serie de penalidades y por ende dar por resuelto el contrato. La Municipalidad actuó de acuerdo a derecho y respetando los remedios procedimentales frente a cada incumplimiento y cada instancia de la ejecución del contrato, con el cual solicitamos al Árbitro Único, conmine al pago íntegro de los gastos arbitrales a la parte demandante.

66. **QUE LA ENTIDAD MANIFIESTA QUE,** Por otro lado, en un escenario adverso y poco probable en el cual el Árbitro Único resuelva a favor de la parte demandante, este deberá alocar los gastos arbitrales de manera equitativa, al ser evidente la buena fe y el derecho con el cual la Municipalidad actuó. Por lo que el Árbitro Único en el caso de considerar fundada la demanda, tendrá que ordenar el pago conjunto de los costos arbitrales. Por ser de justicia, cuando existen elementos que legitiman a ambas partes el costo del arbitraje en casi la totalidad de los casos es distribuido entre las partes; además de ser la práctica que rige como usos y costumbres en los arbitrajes privados y con el estado nacionales o de inversión, así como en los centros de arbitraje más respetados a nivel nacional e internacional, por ejemplo la Cámara de Comercio de Lima, Asociación Americana de Arbitraje (AAA), Centro internacional para la Resolución de Disputas (CIRD o

VII. DETERMINACION DE PUNTOS CONTROVERTIDOS

67. El 16 de enero de 2024 se realizó la continuación de **la audiencia de conciliación, fijación de puntos controvertidos y admisión de medios probatorios**, el árbitro único manifestó que el 04 de diciembre de 2023 la referida audiencia se suspendió para que las partes pudieran arribar a una solución conciliatoria, en consecuencia, preguntó a las partes si habían arribado a alguna solución conciliatoria que ponga termino a las controversias presentadas en el presente proceso arbitral, ambas partes manifestaron que no había disponibilidad para conciliar, en consecuencia, decidieron continuar con el proceso arbitral.

68. Habiendo ambas partes declaradas sus pretensiones y fijado los puntos controvertidos manifestaron su conformidad con todo lo consignado *up supra*. En consecuencia, correspondía ahora, la fijación de puntos controvertidos:

POR LA PARTE DEMANDANTE:

69. Se tiene que **EL CONTRATISTA**, en su escrito de propuesta de puntos controvertidos presentó su propuesta de puntos controvertidos en los siguientes términos:



“PRIMER PUNTO CONTROVERTIDO. -

QUE EL ÁRBITRO ÚNICO DETERMINE QUE, NO CORRESPONDE APLICAR OTRAS PENALIDADES AL INGENIERO LUIS ENRIQUE MINA APARICIO, POR EL SUPUESTO DE PENALIDAD 02 Y LA PENALIDAD N° 05 ESTABLECIDA EN LA CLÁUSULA DUODÉCIMA DEL CONTRATO, POR NO HABERSE CONSIGNADO EN EL CONTRATO EL PROCEDIMIENTO A SEGUIR PARA VERIFICAR LA CONFIGURACIÓN DEL SUPUESTO QUE DARÁ LUGAR A LA APLICACIÓN DE OTRAS PENALIDADES, SEGÚN LO ESTABLECIDO EN EL NUMERAL 163.1 DEL ARTÍCULO 163 DEL REGLAMENTO DE LA LEY DE CONTRATACIONES DEL ESTADO, CONCORDANTE CON EL NUMERAL 2.4.1 Y NUMERAL 3.2 DE LA OPINIÓN N° 052-. 2022/DTN.

SEGUNDO PUNTO CONTROVERTIDO. –

EN EL CASO QUE SE DECLARE FUNDADA NUESTRA PRIMERA PRETENSIÓN Y COMO CONSECUENCIA DE ELLO NO CORRESPONDE APLICAR LA MÁXIMA PENALIDAD POR EL SUPUESTO DE PENALIDAD 02 Y EL SUPUESTO DE LA PENALIDAD N° 05, POR LO TANTO, SOLICITAMOS QUE EL ÁRBITRO ÚNICO DETERMINE QUE CORRESPONDE DECLARAR INEFICAZ LA CARTA NOTARIAL NOTIFICADA CON FECHA 12.05.2023, POR LO TANTO, EL CONTRATO DE SERVICIO DE CONSULTORÍA N° 03-2022-MDS/GM CONTINUA VIGENTE.

TERCER PUNTO CONTROVERTIDO. –

QUE EL ÁRBITRO ÚNICO ORDENE A LA MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE SUBTANJALLA A PAGAR AL INGENIERO LUIS ENRIQUE MINA APARICIO EL IMPORTE DE S/. 42,747.43 (CUARENTA Y DOS MIL SETECIENTOS CUARENTA Y SIETE Y 43/00 SOLES), QUE CORRESPONDE EL PAGO DE LA VALORIZACIÓN N° 03 (OCTUBRE 2023), VALORIZACIÓN N° 04 (MARZO DEL 2023), VALORIZACIÓN N° 05 (ABRIL DEL 2023), MÁS LOS INTERESES LEGALES DESDE LA FECHA QUE CORRESPONDÍA REALIZAR SU PAGO, HASTA LA FECHA DE PAGO EFECTIVO”.

CUARTO PUNTO CONTRAVERTIDO. –

QUE EN EL CASO QUE LA MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE SUBTANJALLA SEA LA PARTE VENCIDA EN EL PRESENTE ARBITRAJE, QUE EL ARBITRO UNICO ORDENE A LA MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE SUBTANJALLA EL PAGO LA TOTALIDAD DE LOS GASTOS ARBITRALES.

POR LA PARTE DEMANDADA:

70. Se tiene que **LA ENTIDAD** pese a estar debidamente notificada no presentó propuesta de puntos controvertidos.

FIJACION DE PUNTOS CONTROVERTIDOS:

71. En consecuencia, el árbitro único comunicó que los puntos controvertidos, para el presente proceso arbitral quedaban fijados de la siguiente manera:



Primer punto controvertido:

Determinar si corresponde o no aplicar otras penalidades al INGENIERO LUIS ENRIQUE MINA APARICIO en calidad de contratista, por el supuesto de penalidad N.° 02 y N.° 05 establecida en la cláusula duodécima del contrato, por no haberse consignado en el contrato el procedimiento a seguir para verificar la configuración del supuesto que dará lugar a la aplicación de otras penalidades, según lo establecido en la Ley y el Reglamento de Contrataciones del Estado.

Segundo punto controvertido:

Determinar si corresponde o no que se declare fundada la primera pretensión de la demanda y como consecuencia de ello no correspondería aplicar la máxima penalidad por el supuesto de penalidad 02 y el supuesto de la penalidad N.° 05.

Tercer punto controvertido:

Determinar si corresponde o no, que se declare ineficaz la carta notarial notificada con fecha 12.05.2023, por lo tanto, el contrato de servicio de consultoría N.° O3-2022-MDS/GM continuaría vigente.

Cuarto punto controvertido:

Determinar si corresponde o no, que se ordene a la MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE SUBTANJALLA a pagar al INGENIERO LUIS ENRIQUE MINA APARICIO el importe de S/. 42,747.43 (Cuarenta y dos mil setecientos cuarenta y siete y 43/00 soles), que corresponde el pago de la valorización N.° 03 (octubre 2023), valorización N.° 04 (marzo del 2023), valorización N.° 05 (abril del 2023), más los intereses

legales desde la fecha que correspondía realizar su pago, hasta la fecha de pago efectivo.

Quinto Punto Controvertido:

Determinar si corresponde o no que la Municipalidad distrital de Subtanjalla asuma el integro de los costos y costas del presente procedimiento arbitral.

VIII. ADMISION DE MEDIOS PROBATORIOS:

El Tribunal arbitral de árbitro único admitió los siguientes medios probatorios

Medios probatorios ofrecidos por el demandante:

72. Se recepcionaron ocho (8) medios probatorios presentados en su escrito de demanda y que se encuentran debidamente identificados en los anexos de la referida demanda, las cuales no han sido observadas ni tachadas por su contraparte:

1. CONTRATO DE SERVICIO DE CONSULTORÍA N° 03-2022-MDS/GM (ACREDITA VINCULO CONTRACTUAL)
2. COPIA DEL DNI DEL CONSULTOR (ACREDITA IDENTIDAD DEL CONSULTOR.
3. COPIA DE LA CARTA NOTARIAL DE FECHA 12.05.2023 (SE ACREDITA COMUNICACIÓN DE LA RESOLUCIÓN DE CONTRATO POR PARTE DE LA MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE SUBTANAJALLA POR ACUMULACIÓN DE MÁXIMA PENALIDAD).
4. COPIA DE LA CARTA N° 072-2022/LEMA, MEDIANTE EL CUAL PRESENTAMOS LA SOLICITUD DE PAGO DE LA VALORIZACIÓN N° 03 POR EL IMPORTE DE 12,708.70 SOLES).
5. COPIA DE LA CARTA N° 105-2023/LEMA MEDIANTE EL CUAL PRESENTAMOS LA SOLICITUD DE LA VALORIZACIÓN N° 04 POR EL IMPORTE DE 16,174.70 SOLES).
6. COPIA DE LA CARTA N° 118-2023/LEMA, MEDIANTE EL CUAL PRESENTAMOS LA SOLICITUD DE PAGO DE LA VALORIZACIÓN N° 05 POR EL IMPORTE DE S/. 13,864.03 SOLES).
7. COPIA DE LA OPINIÓN N° 052-2022/DTN
8. COPIA DE LA OPINIÓN N° 211-2017/DTN.

Medios probatorios ofrecidos por la demandada:

73. Se recepcionaron seis (6) medios probatorios presentados en su escrito de contestación de demanda y que se encuentran debidamente identificados en los anexos de la referida contestación de demanda, las cuales no han sido observadas ni tachadas por su contraparte:

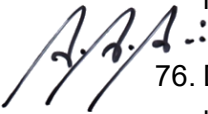
1. RESOLUCIÓN DE DESIGNACIÓN COMO PROCURADOR PUBLICO DE LA MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE SUBTANAJALLA.
2. INFORME N° 63-2023-MONITOR-PEMU/MDS.
3. ACTA DE VISITA DE RECOPIACIÓN DE INFORMACIÓN N° 01/GRIC/JEJDM

4. ACTA DE RECOPIACIÓN DE INFORMACIÓN E INSPECCIÓN FÍSICA DE OBRA N° 001-2023-CG/OCI-MPI.
5. INFORME LEGAL N° 261-2023-CAJ-MDS
6. INFORME N° 704-2023-GDU/PELB/MDS.

74. Dichos medios probatorios no han sido observados ni tachados por su contraparte. En consecuencia, el ARBITRO UNICO y las partes presentes admitieron los medios probatorios consignados en la presente acta y los dan como válidos para el presente proceso arbitral.

IX. PRESENTACION DE ALEGATOS FINALES:

75. Mediante acta de ilustración de hechos y de actuaciones probatorias y de acuerdo a la regla N° 21 del acta de instalación de tribunal arbitral y fijación de regla arbitrales del 25 de agosto de 2023 que establece "Para efectos de la presentación de los escritos de alegatos finales se concederá un plazo de cinco (05) días hábiles"; a razón de ello, este Tribunal Arbitral de árbitro único concedió plazo hasta el 09 de febrero del 2024 para la presentación por escrito de sus alegatos finales y de creerlo conveniente a su derecho puedan solicitar una audiencia de alegatos finales. En consecuencia, **LA ENTIDAD** cumplió con presentar sus alegatos finales a través del escrito del 07 de febrero de 2024 con sumilla "Alegatos finales"; es de resaltar que la entidad no solicitó la realización de una audiencia de alegatos finales.



76. De igual manera se tiene que **EL CONTRATISTA** presentó sus alegatos finales con un escrito del 06 de febrero de 2024 y con sumilla "presenta alegatos finales" empero, en el cual tampoco solicitó la realización de una audiencia de alegatos finales y más bien manifestó que no era necesaria la realización de ninguna otra audiencia.

77. En consecuencia, el árbitro único a mérito de la regla N° 22 del acta de instalación de tribunal arbitral y fijación de reglas arbitrales del 25 de agosto de 2023 resuelve el cierre de las actuaciones arbitrales y por consiguiente declaró el inicio de la etapa resolutive esto es la emisión del laudo arbitral correspondiente dentro de los plazos fijados por las partes.

X. PLAZO PARA LAUDAR

78. Mediante el acta de instalación del tribunal arbitral y fijación de reglas arbitrales del 25 de agosto de 2023 se estableció la regla N° 23 que menciona: *"El Tribunal Arbitral expedirá el laudo arbitral dentro de un plazo que no podrá exceder de treinta (30) días hábiles contado desde el cierre de las actuaciones. El Tribunal Arbitral, en forma excepcional, por iniciativa propia, puede ampliar el plazo para la emisión del laudo hasta por 15 días hábiles más"*.

79. En consecuencia, y de acuerdo con el punto 22 del laudo con relación a la Decisión Arbitral N.° 05-2023-CA-DA - notificado a las partes el 03 de marzo de 2024- se fijó como fecha para el inicio del cómputo del plazo para emitir el laudo arbitral el 04 de

marzo de 2024, de ahí que, se tiene que el presente laudo debe ser emitido el 17 de abril de 2024, teniendo el Centro de Arbitraje el plazo de cinco (5) días hábiles para notificar a las partes.

En 30 días hábiles a partir de **lunes 04 de marzo de 2024**, será:

miércoles 17 de abril de 2024

Este cálculo omite los siguientes días feriados o no laborables:

- **Viernes 29 Marzo:** Viernes Santo
- **Jueves 28 Marzo:** Jueves Santo

80. Finalmente se tiene que a mérito de la **DECISIÓN ARBITRAL N° 06-2024-CA-DA** del 15.04.2024 el árbitro único Comunica a las partes que, por iniciativa propia, ha ampliado el plazo para la emisión del laudo hasta por 15 días hábiles más, es decir hasta el 07.05.2024.



En 15 días hábiles a partir de **lunes 15 de abril de 2024**, será:

martes 07 de mayo de 2024

Este cálculo omite los siguientes días feriados o no laborables:

- **Miércoles 01 Mayo:** Día del Trabajo

XI. CONSIDERACIONES PROCESALES

A. Cuestiones Preliminares:

81. Antes de analizar la materia controvertida, es oportuno confirmar lo siguiente:
- Que, el Tribunal Arbitral de ARBITRO UNICO se constituyó de conformidad con el convenio arbitral suscrito por las partes, habiendo sido designado de acuerdo con ley.
 - Que, en ningún momento se recusó a los miembros del Tribunal Arbitral de Arbitro único, o se impugnó o reclamó contra las disposiciones del procedimiento dispuestas en el acta de instalación.
 - Que, el demandante presentó su demanda y se otorgó al demandado plazo para presentar su contestación de demanda, por lo que las partes fueron debidamente emplazadas y ejercieron plenamente su derecho de defensa.

- d. Que, las partes tuvieron plena oportunidad para ofrecer y actuar todos sus medios probatorios, así como tuvieron la facultad de presentar alegatos o solicitar el uso de la palabra para informar ante el Tribunal Arbitral.
- e. Que, de conformidad con las reglas establecidas para el proceso arbitral, las partes han tenido oportunidad suficiente para plantear recurso de reconsideración contra cualquier resolución distinta al laudo emitido en el presente proceso arbitral, que se hubiere dictado con inobservancia o infracción de una regla contenida en el acta de instalación, una norma de Ley o del Reglamento, habiéndose producido la renuncia al derecho a objetar.
- f. Que, el Tribunal Arbitral ha procedido a emitir el presente laudo dentro de los plazos establecidos en las reglas del proceso, los cuales fueron aceptados por las partes.

B. Materia Controvertida:

82. De acuerdo con lo establecido el Tribunal Arbitral de árbitro único corresponde determinar con base en los puntos controvertidos fijados en el presente arbitraje.

83. Siendo que el presente arbitraje es uno de derecho, corresponde al Tribunal Arbitral de árbitro único pronunciarse respecto de cada uno de los puntos controvertidos teniendo en cuenta el mérito de la prueba aportada al proceso para determinar, con base en la valoración conjunta de ella, las consecuencias jurídicas que, de acuerdo con derecho, se derivan para las partes en función de lo que haya sido probado o no en el marco del proceso.

84. Debe destacarse que la carga de la prueba corresponde a quien alega un determinado hecho para sustentar o justificar una determinada posición, de modo que logre crear certeza en el juzgador respecto de tales hechos.

85. Asimismo, debe tenerse en cuenta, en relación con las pruebas aportadas, que, en aplicación del principio de Comunidad o Adquisición de la Prueba, las pruebas ofrecidas por las partes, desde el momento que fueron presentadas y admitidas como medios probatorios, pasaron a pertenecer al presente arbitraje y, por consiguiente, pueden ser utilizadas para acreditar hechos que incluso vayan en contra de los intereses de la parte que la ofreció. Ello concuerda con la definición de dicho principio que establece que:

“ (...) la actividad probatoria no pertenece a quien la realiza, sino, por el contrario, se considera propia del proceso, por lo que debe tenerse en cuenta para determinar la existencia o inexistencia del hecho a que se refiere, independientemente de que beneficie o perjudique los intereses de la parte que suministró los medios de prueba o aún de la parte contraria. La prueba pertenece al proceso y no a la parte que la propuso y proporcionó” (Taramona Hernández, José R. 1994, p. 35.).

86. El Tribunal Arbitral de árbitro único deja constancia que al emitir el presente laudo arbitral ha valorado la totalidad de medios probatorios ofrecidos y admitidos a trámite en el proceso arbitral -incluido los extemporáneos- valiéndose de las reglas de la sana crítica o apreciación razonada, siendo que la no indicación expresa a alguno de los medios probatorios obrantes en autos o hechos relatados por las partes no significa de ningún modo que tal medio probatorio o tal hecho no haya sido valorado,

por lo que el Tribunal Arbitral deja establecido que en aquellos supuestos en los que este laudo arbitral haga referencia a algún medio probatorio o hecho en particular, lo hace atendiendo a su estrecha vinculación, trascendencia, utilidad y pertinencia que a criterio del Tribunal Arbitral de árbitro único, tuviere respecto de la controversia materia de análisis.

87. Adicionalmente, debe precisarse que, los puntos controvertidos constituyen una referencia para el análisis que debe efectuar el Tribunal Arbitral, pudiendo en consecuencia realizar un análisis conjunto de los mismos en aquellos casos en los que se encuentren íntimamente ligados, por lo que, en ese sentido, el Tribunal Arbitral fundamenta su decisión teniendo presente las consideraciones procesales expuestas.

XII. ANALISIS DE PUNTOS CONTROVERTIDOS

88. Siendo que el presente arbitraje es uno de Derecho corresponde al árbitro único - como ya se dijo- pronunciarse respecto de cada una de las pretensiones formuladas teniendo en cuenta el mérito de la prueba aportada al proceso, para determinar en base a la valoración conjunta de ella, las consecuencias jurídicas que, de acuerdo a derecho, se derivan de las partes en función de lo que haya sido aprobado o no en el marco del proceso, debe destacarse que la carga de la prueba corresponde a quien alega un determinado hecho para sustentar o justificar una determinada posición, de modo que logre crear certeza en el juzgador respecto de tales hechos.



PRIMER PUNTO CONTROVERTIDO:

DETERMINAR SI CORRESPONDE O NO APLICAR OTRAS PENALIDADES AL INGENIERO LUIS ENRIQUE MINA APARICIO EN CALIDAD DE CONTRATISTA, POR EL SUPUESTO DE PENALIDAD N.º 02 Y LA PENALIDAD N.º 05 ESTABLECIDA EN LA CLÁUSULA DUODÉCIMA DEL CONTRATO, POR NO HABERSE CONSIGNADO EN EL CONTRATO EL PROCEDIMIENTO A SEGUIR PARA VERIFICAR LA CONFIGURACIÓN DEL SUPUESTO QUE DARÁ LUGAR A LA APLICACIÓN DE OTRAS PENALIDADES, SEGÚN LO ESTABLECIDO EN LA LEY Y EL REGLAMENTO DE CONTRATACIONES DEL ESTADO.

89. Para iniciar nuestro análisis sobre este primer punto controvertido hay que tener presente lo que establece el artículo **161º** del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado en relación a las penalidades, específicamente los siguientes numerales:

“1. El contrato establece las penalidades aplicables al contratista ante el incumplimiento injustificado de sus obligaciones contractuales a partir de la información brindada por el área usuaria, las mismas que son objetivas, razonables y congruentes con el objeto de la convocatoria. 2. La Entidad prevé en los documentos del procedimiento de selección la aplicación de la penalidad por mora; asimismo, puede prever otras penalidades. Estos dos (2) tipos de penalidades pueden alcanzar cada una un monto máximo equivalente al diez por ciento (10%) del monto del contrato vigente, o de ser el caso, del ítem que debió ejecutarse”. (Subrayado nuestro).

90. En ese sentido tenemos entonces que **un contrato establece las penalidades aplicables al contratista ante el incumplimiento injustificado de sus obligaciones contractuales** y, a merito de ello, las partes establecieron en su contrato la aplicación de dos tipos de penalidades: 1. Por mora y 2. Por otras penalidades. **Teniéndose presente que para establecer dichas penalidades estas deberían de ser “objetivas, razonables y congruentes” con el objeto de la convocatoria.**

91. En virtud a ello se tiene que las partes suscribieron el **Contrato de Servicio de Consultoría N° 03-2022-MDS/GM Adjudicación simplificada N° 09-2022-MDS-CS del 21.07.2022** en la que, en la **cláusula duodécima** establecieron lo siguiente:

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

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

Donde:
F = 0.25 para plazos mayores a sesenta (60) días o;
F = 0.40 para plazos menores o iguales a sesenta (60) días.

Handwritten signature/initials

Adicionalmente a la penalidad por mora se aplicará la siguiente penalidad:

N°	Supuestos de aplicación de penalidad	Forma de cálculo	Presupuestos
1	Incumplimiento de entrega puntual de los documentos de la oferta.	Por cada día de atraso del personal en el punto de entrega.	Según informe del área de la Gerencia de Desarrollo Urbano a cargo de la supervisión del contrato.
2	En caso de incumplimiento con las obligaciones de entrega de documentos de la oferta.	Por cada día de atraso del personal.	Según informe del área de la Gerencia de Desarrollo Urbano a cargo de la supervisión del contrato.
3	Si el contratista no cumple con las obligaciones de entrega de documentos de la oferta.	Por cada día de atraso del personal.	Según informe del área de la Gerencia de Desarrollo Urbano a cargo de la supervisión del contrato.
4	En caso de incumplimiento de entrega de documentos de la oferta.	Por cada día de atraso del personal.	Según informe del área de la Gerencia de Desarrollo Urbano a cargo de la supervisión del contrato.
5	En caso de incumplimiento de entrega de documentos de la oferta.	Por cada día de atraso del personal.	Según informe del área de la Gerencia de Desarrollo Urbano a cargo de la supervisión del contrato.
6	En caso de incumplimiento de entrega de documentos de la oferta.	Por cada día de atraso del personal.	Según informe del área de la Gerencia de Desarrollo Urbano a cargo de la supervisión del contrato.
7	En caso de incumplimiento de entrega de documentos de la oferta.	Por cada día de atraso del personal.	Según informe del área de la Gerencia de Desarrollo Urbano a cargo de la supervisión del contrato.
8	En caso de incumplimiento de entrega de documentos de la oferta.	Por cada día de atraso del personal.	Según informe del área de la Gerencia de Desarrollo Urbano a cargo de la supervisión del contrato.
9	En caso de incumplimiento de entrega de documentos de la oferta.	Por cada día de atraso del personal.	Según informe del área de la Gerencia de Desarrollo Urbano a cargo de la supervisión del contrato.
10	En caso de incumplimiento de entrega de documentos de la oferta.	Por cada día de atraso del personal.	Según informe del área de la Gerencia de Desarrollo Urbano a cargo de la supervisión del contrato.
11	En caso de incumplimiento de entrega de documentos de la oferta.	Por cada día de atraso del personal.	Según informe del área de la Gerencia de Desarrollo Urbano a cargo de la supervisión del contrato.
12	En caso de incumplimiento de entrega de documentos de la oferta.	Por cada día de atraso del personal.	Según informe del área de la Gerencia de Desarrollo Urbano a cargo de la supervisión del contrato.
13	En caso de incumplimiento de entrega de documentos de la oferta.	Por cada día de atraso del personal.	Según informe del área de la Gerencia de Desarrollo Urbano a cargo de la supervisión del contrato.
14	En caso de incumplimiento de entrega de documentos de la oferta.	Por cada día de atraso del personal.	Según informe del área de la Gerencia de Desarrollo Urbano a cargo de la supervisión del contrato.
15	En caso de incumplimiento de entrega de documentos de la oferta.	Por cada día de atraso del personal.	Según informe del área de la Gerencia de Desarrollo Urbano a cargo de la supervisión del contrato.
16	En caso de incumplimiento de entrega de documentos de la oferta.	Por cada día de atraso del personal.	Según informe del área de la Gerencia de Desarrollo Urbano a cargo de la supervisión del contrato.
17	En caso de incumplimiento de entrega de documentos de la oferta.	Por cada día de atraso del personal.	Según informe del área de la Gerencia de Desarrollo Urbano a cargo de la supervisión del contrato.
18	En caso de incumplimiento de entrega de documentos de la oferta.	Por cada día de atraso del personal.	Según informe del área de la Gerencia de Desarrollo Urbano a cargo de la supervisión del contrato.
19	En caso de incumplimiento de entrega de documentos de la oferta.	Por cada día de atraso del personal.	Según informe del área de la Gerencia de Desarrollo Urbano a cargo de la supervisión del contrato.
20	En caso de incumplimiento de entrega de documentos de la oferta.	Por cada día de atraso del personal.	Según informe del área de la Gerencia de Desarrollo Urbano a cargo de la supervisión del contrato.

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

Estos dos (2) tipos de penalidades pueden alcanzar cada una un monto máximo equivalente al diez por ciento (10%) del monto del contrato vigente, o de ser el caso, del ítem que debió ejecutarse.

Cuando se llegue a cubrir el monto máximo de la penalidad por mora o el monto máximo para otras penalidades, de ser el caso, LA ENTIDAD puede resolver el contrato por incumplimiento.

92. Que, como es de verse, las partes pactaron en su contrato dos tipos de penalidades: Por “**mora**” y por “**otras penalidades**”. En razón a ello la entidad luego de realizar dos visitas a la obra habría detectado -en las dos fechas- la ausencia del personal especializado ofrecido por el contratista y aceptado por la entidad.

3.2. PROPUESTA PRESENTADA PARA LA SUPERVISIÓN DE OBRA

Personal Especialista Propuesto para la Supervisión de la Obra

- ✓ Con fecha 19 de Julio del 2023; mediante Carta N°78-2022/LMA/MDS, el Ingeniero Luis Enrique Mina Aparicio remite a la Entidad “documentos para la firma de contrato” para el servicio de Supervisión de la Obra de referencia c), mediante la cual propone al siguiente personal profesional:

Nombres y Apellidos	Cargo	Profesión
Luis Enrique Mina Aparicio	Ing. Supervisor de Obra	Ing. civil
Walter Ronald Aquije Muñoz	Ing. Especialista Ambiental	Ing. Civil
Arnaldo Hugo Espino Altamirano	Ing. Especialista de Seguridad en Obra y Salud en el Trabajo	Ing. Civil

93. Que, de acuerdo a los medios probatorios presentados por la entidad se tendría por comprobada la ausencia -en la obra- del jefe de supervisión, del especialista ambiental y del especialista de seguridad en obra y salud en el trabajo, los días 03.04.2023 y 20.04.2023; ausencia que se encuentra plasmada en el **Acta de visita de recopilación de información N°01/GRIC/JEJDM y en el Acta de recopilación de información e inspección física de obra N°001-2023-CG/OCI-MPI** en la que estuvieron presentes los representantes del órgano de control institucional y los representantes de la gerencia de desarrollo urbano de la Municipalidad distrital de Subtanjalla.

94. Que, a mérito de ello, se puede establecer que **ante el incumplimiento de ejecutar la prestación con personal acreditado y por la ausencia reiterada de los referidos profesionales en la obra** se habría configurado la causal de penalidad por “**otras penalidades**” en los ítems N° 02 y N° 05 y, en consecuencia -en salvaguarda de los intereses de la entidad- se debería de aplicar entonces dichas penalidades según la forma pactada entre las partes.

Penalidad Según Contrato de Consultoría N°03-2022-MDS/GM			
Ítem	Supuestos de Aplicación de Penalidad	Forma de Cálculo	Procedimiento
02	En caso el contratista incumpla con su obligación de ejecutar la prestación con el personal acreditado o debidamente sustituido.	1 UIT Por cada día de ausencia del personal	Según informe del área de la Gerencia de Desarrollo Urbano a cargo de la supervisión del contrato.
05	No encontrarse en la obra, el personal o equipo propuesto (por cada día).	0.5 UIT Por cada día y por cada personal propuesto que no se encuentre en obra	Según informe del área de la Gerencia de Desarrollo Urbano a cargo de la supervisión del contrato.

95. Dentro del presente cuadro de penalidades se tiene que, en el ítem 02, **en caso el contratista incumpla con su obligación de ejecutar la prestación con el personal acreditado o debidamente sustituido** se le aplicará una (1) UIT por cada

día de ausencia del personal por el monto de S/ 4,600.000 soles, y, en el ítem 05, se tiene que al **no encontrarse en la obra, el personal o equipo propuesto se aplicará el 0.5 UIT por cada día** y por cada personal propuesto que no se encuentre en obra que fueron dos, dando un monto de S/ 4,600.00 soles, dando un monto total de S/ 9,200.00 soles.

96. Que en relación a lo pactado en el contrato de consultoría se debe tener en cuenta que **fueron dos (2) días de ausencia de dicho personal por lo que daría un monto total de S/. 18,400.00 superando el monto máximo de penalidad aplicable equivalente al 10% del monto del contrato vigente**, teniendo en cuenta para ello el **INFORME LEGAL N° 261-2023-GAJ-MDS**, donde se estipula los valores de la UIT vigentes al tiempo de la comisión de la penalidad. Que en la contestación de la demanda la entidad manifiesta: **"(...) que en este caso correspondería una UIT DE S/. 4,950.00 soles por lo que la penalidad asciende a S/. 19,800.00 soles"** pero se tiene que, en el documento que se adjunta, en el que presenta su cálculo de penalidad consigna el monto de S/. 18,400 soles.

Cálculo de Penalidad N°01

✓ Ausencia en Obra el día 20 de abril del 2023 del Jefe de Supervisión y Personal Profesional Propuesto:

Penalidad Según Contrato de Consultoría N°03-2022-MDS/GM			
Ítem	Supuestos de Aplicación de Penalidad	Forma de Cálculo	Monto (S/)
02	En caso el contratista incumpla con su obligación de ejecutar la prestación con el personal acreditado o debidamente sustituido.	1 UIT Por cada día de ausencia del personal (01 Personal: Jefe de Supervisión)	S/ 4,600.00 x 01 = S/ 4,600.00
05	No encontrarse en la obra, el personal o equipo propuesto (por cada día).	0.5 UIT Por cada día y por cada personal propuesto que no se encuentre en obra (02 Personales: Especialista Ambiental, Especialista de Seguridad en Obra y Salud en el Trabajo)	S/ 4,600.00 x 01 = S/ 4,600.00
Monto Total de Penalidad (S/)			S/ 9.200.00

Handwritten signature: A.A.A. -
Yessy E. Macriano Uribe
 INGENIERO CIVIL
 C.I.P. 203990

Cálculo de Penalidad N°02

✓ Ausencia en Obra el día 03 de abril del 2023 del Jefe de Supervisión y Personal Profesional Propuesto:

Penalidad Según Contrato de Consultoría N°03-2022-MDS/GM			
Ítem	Supuestos de Aplicación de Penalidad	Forma de Cálculo	Monto (S/)
02	En caso el contratista incumpla con su obligación de ejecutar la prestación con el personal acreditado o debidamente sustituido.	1 UIT Por cada día de ausencia del personal (01 Personal: Jefe de Supervisión)	S/ 4,600.00 x 01 = S/ 4,600.00
05	No encontrarse en la obra, el personal o equipo propuesto (por cada día).	0.5 UIT Por cada día y por cada personal propuesto que no se encuentre en obra (02 Personales: Especialista Ambiental, Especialista de Seguridad en Obra y Salud en el Trabajo)	S/ 4,600.00 x 01 = S/ 4,600.00
Monto Total de Penalidad (S/)			S/ 9.200.00

Aplicación de Máxima Penalidad (10%)

- ✓ Según lo indicado en la CLAUSULA TERCERA: MONTO CONTRACTUAL del Contrato de Servicio de Consultoría N°03-2022-MDS/GM, el monto contratado asciende a **S/ 77,022.40 (Setenta y Siete Veintidós Mil con 40/100 soles)**, que incluye todos los impuestos de ley.
- ✓ Conforme al Cálculo de la Penalidad N°01 y Penalidad N°02, se tiene un monto total calculado de **S/ 18,400.00 (Dieciocho Mil Cuatrocientos con 00/100 soles)**, que incluye todos los impuestos de ley, superando el monto máximo de penalidad aplicable, equivalente al diez por ciento (10%) del monto del contrato vigente.

Cuadro Resumen de Aplicación de Máxima Penalidad		
Ítem	Descripción	Monto (\$/)
01	Monto Según Contrato N°03-2022-MDS/GM	S/ 77,022.40
02	Monto del 10% del Contrato N°03-2022-MDS/GM	S/ 7,702.24
03	Monto Total Calculado de Penalidad	S/ 18,400.00
Monto a Aplicar (\$/)		S/ 7,702.24

97. Que, finalmente, vemos que la entidad al aplicar la máxima penalidad por **otras penalidades** concluye que el monto total calculado por otras penalidades asciende a S/. 18,400 soles, pero, al haber excedido el monto máximo de penalidad aplicable solo se le podría penalizar con el equivalente al 10% del monto total del contrato, en consecuencia, concluye que el monto a penalizar es de S/. 7,702.24 soles.

98. Que, de lo expuesto hasta el momento podemos ver que la entidad cumplió con consignar en el contrato los supuestos de aplicación de otras penalidades -consignó 15 "otras" penalidades- y cumplió también con **describir el cálculo de penalidades a realizarse en caso de aplicación de otras penalidades**, pero **HABRÍA INCUMPLIDO EN DESCRIBIR EL PROCEDIMIENTO MEDIANTE EL CUAL SE VERIFICARÍA EL SUPUESTO A PENALIZAR**.

99. En la cláusula de penalidades -específicamente en "otras penalidades" se tiene que la entidad habría consignado en las siguientes penalidades (del 01 al 02 y del 04 al 15) **como procedimiento para verificar el supuesto a penalizar lo siguiente:** "**Según informe del área de Gerencia de Desarrollo Urbano a cargo de la supervisión del contrato**" y en la penalidad N° 03 de otras penalidades habría consignado "**Según informe del Comité de recepción**". Lo cual no configuraría como un **procedimiento** sino sólo la indicación del área o persona responsable de verificar la penalidad.

100. Tengamos presente que usualmente **las Entidades establecen como "otras penalidades" la ausencia de los profesionales requeridos durante ciertos días dentro del plazo de ejecución de obra**, el cambio de personal propuesto sin contar con autorización previa de la Entidad, entre otros. Y ante la ocurrencia de alguno de estos supuestos el contratista suele ser penalizado por cada día de incumplimiento o por ocurrencia. **Pero, sin perjuicio de ello, la Entidad debe respetar la razonabilidad y equidad que caracteriza a todo contrato público.**

101. Ahora bien, toda cláusula que regula "otras penalidades" **debe incluir -según el RLCE- los supuestos de aplicación de la penalidad, la forma de cálculo y el "procedimiento" mediante el cual se verifica el supuesto a penalizar**, tal y como lo dispone el artículo 163.1 del Reglamento de la LCE.

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

102. En el caso que nos compete -como ya lo dijimos anteriormente- se tiene que la entidad -en cumplimiento del artículo 163.1 del reglamento de la LCE- ha contemplado los supuestos de aplicación de “otras penalidades”, ha establecido también la forma de cálculo, pero, **NO HA DESCRITO NI DETALLADO EL PROCEDIMIENTO A SEGUIR PARA VERIFICAR EL SUPUESTO A PENALIZAR**, téngase presente que la palabra procedimiento es definido como “método o modo de tramitar o ejecutar una cosa”, en el caso de autos solo se ha consignado -como “procedimiento”- cuál es el área o persona responsable de verificar la penalidad.

103. Es de tenerse en cuenta que, de acuerdo a la definición de procedimiento, la normativa de contrataciones lo señala como **una vía idónea para penalizar supuestos de incumplimiento injustificado de obligaciones contractuales que sean objetivas, razonables y congruentes con el objeto del procedimiento de selección. En ese sentido, para verificar el supuesto a penalizar se deben dar oportunidad al contratista para hacer sus descargos de manera que este pueda pronunciarse al respecto a efectos de determinar si estamos ante el incumplimiento injustificado o no que justifica que la aplicación de otras penalidades.**

AAA.-

104. Entonces se tiene que, conforme a lo manifestado líneas anteriores, el procedimiento implica comunicar, informar la penalidad que se está por aplicar. A efectos de verificar la legalidad del procedimiento establecido en el contrato para verificar el incumplimiento injustificado, corresponde evaluar la forma y medio establecido en el contrato, así como el procedimiento que se siguió para llegar a la aplicación de las mismas; puesto que, si no existe un procedimiento adecuado, en consecuencia, se estaría vulnerando el derecho de una de las partes.

105. En ese sentido, es importante destacar que la Ley señala que, a diferencia de las penalidades por mora, las otras penalidades no se aplican de manera automática, por lo que se requiere un debido proceso y verificación. En ese sentido, el alegar que su aplicación es de manera automática implicaría realizar una interpretación restrictiva de la norma la cual no está permitida si las disposiciones legales violan o restringen derechos. A continuación, se realizará un cuadro donde se diferencien los conceptos de penalidades por mora y otras penalidades.

PENALIDAD POR MORA	OTRAS PENALIDADES
<p>Artículo 162.</p> <p>162.1. En caso de retraso injustificado del contratista en la ejecución de las prestaciones objeto del contrato, <u>la Entidad le aplica automáticamente una penalidad por mora</u> por cada día de atraso. <u>La penalidad se aplica automáticamente</u> y se calcula de acuerdo a la siguiente fórmula (...)</p>	<p>Artículo 163.</p> <p>162, siempre y cuando sean objetivas, razonables, congruentes y proporcionales con el objeto de la contratación. Para estos efectos, incluyen los supuestos de aplicación de penalidad, distintas al retraso o mora, la forma de cálculo de la penalidad para cada supuesto y <u>el procedimiento mediante el cual se verifica el supuesto a penalizar.</u></p> <p>163.2. Estas penalidades se calculan de forma independiente a la penalidad por mora.</p>

AAA-:

106. Que en el ítem “procedimiento” de la cláusula contractual solo se ha consignado (en las penalidades del 01 al 02 y del 04 al 15) como “procedimiento” de verificación lo siguiente: “Según informe del área de Gerencia de Desarrollo Urbano a cargo de la supervisión del contrato” y en la penalidad N° 03 de “otras penalidades” solo se ha consignado “Según informe del Comité de recepción”. pero dicho alcance **-definitivamente-** no constituye un procedimiento, sino, únicamente el señalamiento del responsable que realizará el informe de penalización.

107. A manera de ilustración permítasenos consignar como ejemplo el **CONTRATO N° 33-2022-ENFP-PNP DEL 31.05.2022** suscrito entre una entidad pública (PNP) y un contratista privado donde sí se evidencia el cumplimiento de lo señalado en el artículo 163.1 del reglamento de la LCE, esto es, **detallar los supuestos de aplicación d penalidad, las formas de cálculo y el procedimiento mediante el cual se verifica el supuesto a penalizar:**

Adicionalmente a la penalidad por mora se aplicará la siguiente penalidad:

N°	SUPUESTOS DE APLICACIÓN DE PENALIDAD	FORMAS DE CALCULO	PROCEDIMIENTO
1	Cuando el personal acreditado permanece menos de sesenta (60) días desde el inicio de su participación en la ejecución del contrato o del íntegro del plazo de ejecución, si este es menor a los sesenta (60) días, de conformidad con las disposiciones establecidas en el numeral 190.2 del artículo 190 del Reglamento	0.5 UIT por cada día de ausencia del personal en el plazo previsto. (*)	El coordinador del área usuaria, verifica y comunica el incidente mediante un informe a la dirección y a la UEI de la DIVADM ENFP-PNP, el cual será comunicado al contratista vía correo electrónico para que presente su descargo en el plazo de tres (03) días calendario. Finalmente se evaluará el descargo presentado por el coordinador del área usuaria.
2	En caso el contratista incumpla con su obligación de ejecutar la prestación con el personal acreditado o debidamente sustituido.	0.5 UIT por cada día de ausencia del personal	El coordinador del área usuaria, verifica y comunica el incidente mediante un informe a la dirección y a la UEI de la DIVADM ENFP-PNP, el cual será comunicado al contratista vía correo electrónico para que presente su descargo en el plazo de tres (03) días calendario. Finalmente se evaluará el descargo presentado por el coordinador del área usuaria.

108. En consecuencia, se tiene que la Municipalidad distrital de Subtanjalla habría regulado -en el contrato- la aplicación de "otras penalidades" sin tener presente los criterios de objetividad, razonabilidad, congruencia y proporcionalidad contemplados en la normativa de contrataciones del Estado vulnerando con ello el debido procedimiento, es decir **sin haber establecido ningún parámetro a seguir respecto el procedimiento de verificación del supuesto a penalizar** y solo ha consignado genéricamente: **"Según informe del área de Gerencia de Desarrollo Urbano a cargo de la supervisión del contrato" y/o "Según informe del Comité de recepción"**.

109. Sin embargo, dicho "procedimiento" -como ya lo mencionamos líneas arriba- **no constituye un verdadero procedimiento de verificación del supuesto a penalizar sino, únicamente el señalamiento del responsable que realizará el informe de penalización**, otorgando con ello a la Gerencia de Desarrollo Urbano y al Comité de recepción una amplia facultad, sin respetar el mandato que obliga a la entidad consignar un procedimiento válido para la verificación del supuesto a penalizar.

110. En esta parte del análisis -del primer punto controvertido- es oportuno tener presente las diferentes opiniones del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE) en relación a la **APLICACIÓN DE PENALIDADES POR "OTRAS PENALIDADES"** y, específicamente en lo relacionado al **procedimiento mediante el cual se verifica el supuesto a penalizar**. Tenemos por ejemplo las opiniones N° 023-2017/DTN y la N° 264-

2017/DTN emitidas por el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE) en las que señalan lo siguiente:

“(…) la Entidad podía establecer, en las Bases del proceso de selección, penalidades distintas a penalidad por mora –entiéndase, “otras penalidades”– con la finalidad de desincentivar el incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista y resarcir posibles perjuicios que dicho incumplimiento le fuese a causar. Dicha potestad debía ser ejercida observando, cuando menos, tres parámetros: la objetividad, la razonabilidad y la congruencia con el objeto de la convocatoria. (i) La objetividad implicaba que la Entidad estableciera de manera clara y precisa los tipos de incumplimiento que serían penalizados, los montos o porcentajes de la penalidad para cada tipo de incumplimiento, y la forma o procedimiento mediante el que se verificaría la ocurrencia de tales incumplimientos, según la naturaleza y características particulares de cada contratación; (ii) Por su parte, la razonabilidad implicaba que cada uno de los montos o porcentajes de la penalidad que se aplicarían al contratista fueran proporcionales a la gravedad y reiteración del incumplimiento. (iii) La congruencia con el objeto de la convocatoria implicaba que se penalizará el incumplimiento de alguna obligación comprendida o relacionada con el objeto de la convocatoria”. (Subrayado nuestro).

111. Asimismo, tengamos presente la Opinión N° 052-2022/DTN emitida por el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE) en relación a la presente consulta que se le formula:




“Si una Entidad pública, establece en los documentos del proceso de selección, un procedimiento denominado: Procedimiento para la aplicación de penalidades, el cual está destinado única y exclusivamente a establecer la forma o modo en que se realizará el cobro de las otras penalidades al contratista, mas no está orientado a verificar los incumplimientos materia de penalización. Al respecto, se consulta: ¿Si estos tipos de procedimientos (en atención a los principios de legalidad y el sub principio de predictibilidad), cumplen con el supuesto establecido en el numeral 163.1 del Decreto Supremo 344-2018-EF, o este tipo de procedimientos, simplemente es uno distinto a aquel establecido en la norma citada.?” (Sic).

112. Vemos que esta pregunta que guarda mucha relación con el caso que estamos analizando y por ello es de tenerse presente la respuesta que brinda la entidad encargada de la constataciones del Estado en nuestro país: *“Sin perjuicio de ello, es importante recalcar que para la correcta aplicación de las penalidades distintas a la penalidad por mora (“otras penalidades”) la Entidad deberá: i) prever que dichas penalidades sean objetivas, razonables, congruentes y proporcionales con el objeto de la contratación; ii) definir los supuestos que originarían su aplicación, los cuales deben ser diferentes al retraso injustificado o mora previsto en el artículo 162 del Reglamento; iii) delimitar la forma de cálculo de la penalidad para cada uno de los supuestos que previamente hubiera definido; y, iv) establecer el procedimiento a través del cual verificará si se constituye el supuesto que da lugar a la aplicación de la penalidad”.* (Subrayado nuestro).

113. Y concluye su respuesta manifestando, contundentemente, lo siguiente:
“EN ESE SENTIDO, SI EN LOS DOCUMENTOS DEL PROCEDIMIENTO DE SELECCIÓN NO SE HA CONTEMPLADO EL PROCEDIMIENTO A SEGUIR PARA VERIFICAR LA CONFIGURACIÓN DEL SUPUESTO QUE DARÁ LUGAR A LA APLICACIÓN DE “OTRAS PENALIDADES”, DICHA PENALIDAD NO PODRÁ SER APLICADA AL CONTRATISTA.

114. Asimismo, en la referida opinión N° 052-2022/DTN emitida por el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE) se tiene el OSCE da respuesta a la siguiente pregunta: ***“¿Puede la Entidad contratante, aplicar una penalidad al contratista si es que en los documentos del procedimiento de selección solo ha establecido un procedimiento para realizar la aplicación de las penalidades, mas no ha establecido, el procedimiento a través del cual se debe verificar los incumplimientos materia de penalización.?”*** (Sic).

115. Y, ante la referida pregunta el OSCE contesta: ***“Tal como se ha indicado previamente, si en los documentos del procedimiento de selección no se ha contemplado el procedimiento a seguir para verificar la configuración del supuesto que dará lugar a la aplicación de “otras penalidades”, dicha penalidad no podrá ser aplicada al contratista. Asimismo, cualquier controversia respecto de la aplicación de penalidades, así como respecto de la ejecución o interpretación del contrato, incluyendo aquellas referidas a determinar si se ha previsto adecuadamente el procedimiento a seguir para verificar la configuración del supuesto que dará lugar a la aplicación de “otras penalidades, pueden ser sometidas a los mecanismos de solución previstos en la normativa de contrataciones del Estado, dentro de los plazos correspondientes”.***



116. Finalmente, a manera de referencia, tenemos también la Opinión N° 03-2022/DTN del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE) que a la pregunta: ***“¿ANTE LA FALTA DE UN PROCEDIMIENTO ESPECÍFICO PARA LA APLICACIÓN DE OTRAS PENALIDADES, SE DEBE INTERPRETAR QUE LAS OTRAS PENALIDADES (DISTINTA A LA PENALIDAD POR MORA) SE APLICAN AUTOMÁTICAMENTE, ¿DE ACUERDO CON LOS ARTÍCULOS 162 Y 163 DEL REGLAMENTO?”*** (Sic.) se tiene que éste contesta en los términos que a continuación consignamos.

“Tal como se indicó al absolver la consulta 2.1 de la presente Opinión, 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, en relación con la consulta, 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.” (Subrayado nuestro).

117. Por ello, en el caso que nos compete se tiene que la entidad - Municipalidad distrital de Subtanjalla-, en los documentos del procedimiento de selección y en el mismo Contrato de Servicio de Consultoría, no ha contemplado **un procedimiento a seguir para verificar la configuración de los supuestos que dará lugar a la aplicación de “otras penalidades”** tal como lo establece el numeral 1 del artículo 163° de la Ley de Contrataciones del Estado. Tal como se evidencia del presente cuadro de otras penalidades:

Penalidad Según Contrato de Consultoría N°03-2022-MDS/GM			
Ítem	Supuestos de Aplicación de Penalidad	Forma de Cálculo	Procedimiento
02	En caso el contratista incumpla con su obligación de ejecutar la prestación con el personal acreditado o debidamente sustituido.	1 UIT Por cada día de ausencia del personal	Según informe del área de la Gerencia de Desarrollo Urbano a cargo de la supervisión del contrato.
05	No encontrarse en la obra, el personal o equipo propuesto (por cada día).	0.5 UIT Por cada día y por cada personal propuesto que no se encuentre en obra	Según informe del área de la Gerencia de Desarrollo Urbano a cargo de la supervisión del contrato.

118. En consecuencia, **dicha penalidad no podrá ser aplicada al contratista**. Asimismo, cualquier controversia respecto de la aplicación de penalidades, así como respecto de la ejecución o interpretación del contrato, incluyendo aquellas referidas a determinar si se ha previsto adecuadamente el procedimiento a seguir para verificar la configuración del supuesto que dará lugar a la aplicación de “**otras penalidades, pueden ser sometidas a los mecanismos de solución previstos en la normativa de contrataciones del Estado**”, dentro de los plazos correspondientes”.

119. En consecuencia, habiendo sido sometida a arbitraje dicha controversia, el árbitro único declara que **al no haberse cumplido lo establecido en el numeral “1” del artículo 163° de la Ley de Contrataciones del Estado DECLARA QUE NO CORRESPONDE APLICAR OTRAS PENALIDADES AL INGENIERO LUIS ENRIQUE MINA APARICIO EN SU CALIDAD DE CONTRATISTA POR EL SUPUESTO DE PENALIDAD N.º 02 Y LA PENALIDAD N.º 05 ESTABLECIDA EN LA CLÁUSULA DUODÉCIMA DEL CONTRATO**.

SEGUNDO PUNTO CONTROVERTIDO:

DETERMINAR SI CORRESPONDE O NO QUE SE DECLARE FUNDADA LA PRIMERA PRETENSIÓN DE LA DEMANDA Y COMO CONSECUENCIA DE ELLO NO CORRESPONDERÍA APLICAR LA MÁXIMA PENALIDAD POR EL SUPUESTO DE PENALIDAD N° 02 Y EL SUPUESTO DE LA PENALIDAD N.º 05.

120. Que, al respecto, hay que tener presente que **la primera pretensión de la demanda presentada por el INGENIERO LUIS ENRIQUE MINA APARICIO** en su escrito del 23.10.2023- tiene el siguiente tenor:

“PRIMERA PRETENSION.- QUE EL ARBITRO UNICO -DETERMINE QUE NO CORRESPONDE APLICAR OTRAS PENALIDADES AL INGENIERO LUIS ENRIQUE MINA APARICIO POR EL SUPUESTO DE PENALIDAD N.º 02 Y LA PENALIDAD N.º 05 ESTABLECIDA EN LA CLÁUSULA DUODÉCIMA DEL CONTRATO, POR NO HABERSE CONSIGNADO EN EL CONTRATO EL PROCEDIMIENTO A SEGUIR PARA VERIFICAR LA CONFIGURACIÓN DEL SUPUESTO QUE DARÁ LUGAR A LA APLICACIÓN DE OTRAS PENALIDADES, SEGÚN LO ESTABLECIDO EN EL NUMERAL 163.1 DEL ARTICULO 163 DEL REGLAMENTO DE LA LEY DE CONTRATACIONES DEL ESTADO, CONCORDANTE CON EL NUMERAL 2.4.1.Y NUMERAL 3.2 DE LA OPINION N° 052-2022/DTN”.

121. Que, como es de verse dicha pretensión guarda relación con el primer punto controvertido analizado y resuelto -ut supra- por el árbitro único, el mismo que fue enunciado de la siguiente forma: **“DETERMINAR SI CORRESPONDE O NO APLICAR OTRAS PENALIDADES AL INGENIERO LUIS ENRIQUE MINA APARICIO EN CALIDAD DE CONTRATISTA, POR EL SUPUESTO DE PENALIDAD N.º 02 Y LA PENALIDAD N.º 05 ESTABLECIDA EN LA CLÁUSULA DUODÉCIMA DEL CONTRATO, POR NO HABERSE CONSIGNADO EN EL CONTRATO EL PROCEDIMIENTO A SEGUIR PARA VERIFICAR LA CONFIGURACIÓN DEL SUPUESTO QUE DARÁ LUGAR A LA APLICACIÓN DE OTRAS PENALIDADES, SEGÚN LO ESTABLECIDO EN LA LEY Y EL REGLAMENTO DE CONTRATACIONES DEL ESTADO”.**

122. Que en relación a este segundo punto controvertido vemos que EL CONTRATISTA ESTÁ SOLICITANDO QUE SE DETERMINE SI CORRESPONDE O NO QUE SE DECLARE FUNDADA LA PRIMERA PRETENSIÓN DE LA DEMANDA Y COMO CONSECUENCIA DE ELLO NO CORRESPONDERÍA APLICAR LA MÁXIMA PENALIDAD POR EL SUPUESTO DE PENALIDAD N° 02 Y EL SUPUESTO DE LA PENALIDAD N.º 05.



123. Es decir, a diferencia del primer punto controvertido en el que SE SOLICITA SOLAMENTE DETERMINAR SI CORRESPONDIA O NO APLICAR OTRAS PENALIDADES AL INGENIERO LUIS ENRIQUE MINA APARICIO EN ESTE SEGUNDO PUNTO CONTROVERTIDO SOLICITA AHORA SE DETERMINE SI CORRESPONDE O NO QUE SE DECLARE FUNDADA LA PRIMERA PRETENSIÓN DE LA DEMANDA Y COMO CONSECUENCIA DE ELLO NO CORRESPONDERÍA APLICAR LA MÁXIMA PENALIDAD POR EL SUPUESTO DE PENALIDAD N° 02 Y EL SUPUESTO DE LA PENALIDAD N.º 05.

124. Que en relación a la **DECLARACION DE FUNDADA O NO, DE LA PRETENSION DEL DEMANDANTE** tengamos presente lo establecido en la SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL recaída en el Expediente N° 974-96-HC/TC del 17.06.1998 en la que como fundamento de su sentencia precisa: **“ES “FUNDADA” UNA DEMANDA CUANDO SE HA PROBADO LA AFIRMACIÓN DE LOS HECHOS ALEGADOS POR EL DEMANDANTE QUE CONFIGURAN EL DERECHO INVOCADO RECONOCIDO POR LEY; caso**

contrario, se debe declarar infundada cuando no se prueba los hechos anotados como el presente caso;”.

125. Que, en el caso que nos compete, se tiene que la afirmación de los hechos alegados por el demandante en relación a que **no correspondía aplicar otras penalidades al INGENIERO LUIS ENRIQUE MINA APARICIO ha sido resuelta por el árbitro único en el extremo de que NO CORRESPONDÍA APLICAR OTRAS PENALIDADES al contratista** y para arribar a dicha decisión el árbitro único ha tenido presente la normativa legal (Ley de contrataciones del Estado y su reglamento) relacionada con el caso, lo manifestado por las partes en sus posiciones de fondo, en la participación de las partes en las diversas audiencias realizadas y en las que les tocó hacer uso de la palabra para sustentar sus posiciones y a mérito también del interrogatorio a las partes.

126. Que dicha afirmación -de los hechos alegados por el demandante- en relación a que no correspondía aplicar otras penalidades al INGENIERO LUIS ENRIQUE MINA APARICIO se encuentra evidenciado en la cláusula de penalidades del contrato -relacionados con el cumplimiento del artículo 163.1 del reglamento de la LCE- ya que en ella se puede comprobar el cumplimiento de consignar los supuestos de aplicación de “otras penalidades”, se puede evidenciar también la forma de cálculo para aplicar otras penalidades pero, **NO SE PUEDE COMPROBAR QUE HAYA DESCRITO O DETALLADO EL PROCEDIMIENTO A SEGUIR PARA VERIFICAR EL SUPUESTO A PENALIZAR**, solo se ha señalado a la Gerencia de desarrollo urbano de la Municipalidad distrital de Subtanjalla como el responsable de realizar el informe de penalización”.



127. Que, como ya se dijo anteriormente, se tiene entonces que en el ítem “**procedimiento**” de la referida cláusula contractual solo se ha consignado (en las penalidades del 01 al 02 y del 04 al 15) como “**procedimiento de verificación**” lo siguiente: **“Según informe del área de Gerencia de Desarrollo Urbano a cargo de la supervisión del contrato”** y en la penalidad N° 03 de “otras penalidades” solo se ha consignado **“Según informe del Comité de recepción”**. pero dicho alcance -definitivamente- no constituye un procedimiento, sino, únicamente el señalamiento del responsable que realizará el informe de penalización.

128. Por ello, en el caso que nos compete se tiene que la entidad -Municipalidad distrital de Subtanjalla-, en los documentos del procedimiento de selección y en el mismo Contrato de Servicio de Consultoría, no ha contemplado **un procedimiento a seguir para verificar la configuración de los supuestos que dará lugar a la aplicación de “otras penalidades”** tal como lo establece el numeral 1 del artículo 163° de la Ley de Contrataciones del Estado. Tal como se evidencia del presente cuadro de otras penalidades:

Penalidad Según Contrato de Consultoría N°03-2022-MDS/GM			
Ítem	Supuestos de Aplicación de Penalidad	Forma de Cálculo	Procedimiento
02	En caso el contratista incumpla con su obligación de ejecutar la prestación con el personal acreditado o debidamente sustituido.	1 UIT Por cada día de ausencia del personal	Según informe del área de la Gerencia de Desarrollo Urbano a cargo de la supervisión del contrato.
05	No encontrarse en la obra, el personal o equipo propuesto (por cada día).	0.5 UIT Por cada día y por cada personal propuesto que no se encuentre en obra	Según informe del área de la Gerencia de Desarrollo Urbano a cargo de la supervisión del contrato.

129. Que, en el referido cuadro de otras penalidades, consignado en el contrato suscrito entre las partes se tiene que en el cuadrado "Procedimiento" se consignó un supuesto procedimiento que no se adecuaba a lo establecido en la norma de contrataciones del estado por lo que el texto "***Según informe del área de la Gerencia de desarrollo urbano a cargo de la supervisión del contrato***" no puede ser considerado como un **PROCEDIMIENTO, PARA VERIFICAR EL SUPUESTO A PENALIZAR** sino, únicamente debe ser considerado como el **señalamiento del responsable que realizará el informe de penalización.**

130. En consecuencia, el árbitro único determina que **SI CORRESPONDE DECLARAR FUNDADA LA PRIMERA PRETENSION DE LA DEMANDA Y COMO CONSECUENCIA DE ELLO -SE REITERA- NO CORRESPONDE APLICAR LA MÁXIMA PENALIDAD POR EL SUPUESTO DE PENALIDAD N° 02 Y EL SUPUESTO DE LA PENALIDAD N.° 05.**

TERCER PUNTO CONTROVERTIDO:

DETERMINAR SI CORRESPONDE O NO, QUE SE DECLARE INEFICAZ LA CARTA NOTARIAL NOTIFICADA CON FECHA 12.05.2023, POR LO TANTO, EL CONTRATO DE SERVICIO DE CONSULTORÍA N.° 03-2022-MDS/GM CONTINUARÍA VIGENTE.

131. Que, en el caso de autos, el ÁRBITRO ÚNICO considera necesario precisar que, una vez perfeccionado un contrato, **el Contratista se obliga a efectuar las prestaciones en favor de la Entidad, mientras que esta última se obliga a pagar al Contratista la contraprestación correspondiente.** En estos términos, el contrato se entenderá cumplido cuando ambas partes ejecuten satisfactoriamente sus obligaciones.

132. En tal sentido, **el cumplimiento recíproco y oportuno de las prestaciones pactadas por las partes es la situación esperada en el ámbito de la contratación pública;** sin embargo, dicha situación no siempre se verifica durante la ejecución contractual, pues alguna de las partes podría incumplir parte o la totalidad de sus prestaciones, o verse imposibilitada de cumplirlas.

133. Ante tal eventualidad, la normativa de contrataciones del Estado ha previsto la posibilidad de resolver el contrato, ya sea por la imposibilidad sobreviniente de ejecutar las obligaciones pactadas o el incumplimiento de estas. Al respecto, la resolución contractual en general, hace referencia a la resolución como **una medida destinada a dejar sin efecto la relación jurídica obligacional creada por un contrato por causales sobrevinientes a su celebración.**

134. Según los actuados se puede entender que la controversia y la resolución del contrato entre las partes se ha generado por el supuesto incumplimiento de obligaciones de parte del demandante; y, por lo tanto, su penalización bajo el supuesto de Otras Penalidades. Entonces, es necesario y menester poder realizar una precisión entorno a la causal de resolución de contrato. Como se ha podido verificar, el motivo por el cual se resolvió el contrato es por la acumulación del monto máximo de penalidades.

135. Por ello podemos decir que **la causal mediante el cual la entidad resuelve el contrato, es debido a la acumulación del monto máximo de otras penalidades**, el cual es el objeto del acto jurídico. En ese sentido, **que el objeto de dicho acto jurídico sea válido o no, resulta crucial para poder determinar si el Acto Jurídico, de la Resolución Contractual, tiene validez o en su defecto, recae en una causal de nulidad.**




136. A mérito del presente análisis, nos enfrentamos a la posibilidad de determinar la validez o nulidad, y, por ende, la ineficacia, del acto jurídico plasmado en la resolución contractual por causal de máxima acumulación de penalidades por "otras penalidades". **Como es de conocimiento en los actuados, la imposición de otras penalidades se basa en la ausencia injustificada del supervisor de obra**, del ingeniero especialista ambiental y del ingeniero especialista de seguridad en obra y salud en el trabajo, durante dos fechas debidamente verificadas por la entidad.

137. Es de tenerse presente que la doctrina manifiesta que la causal de nulidad por objeto jurídicamente imposible surge debido a la falta de ciertos requisitos aplicables al objeto del negocio jurídico. En línea con esto, la Corte Suprema, en la Casación N° 849-2014 – LIMA, se pronuncia sobre la nulidad del acto jurídico por imposibilidad jurídica, definiendo dicha causal como "ilicitud", entendida como contraria al ordenamiento jurídico y violatoria de normas imperativas. **En este sentido, dado que la aplicación de las penalidades realizadas por la entidad es nula, y dado que no es jurídicamente posible resolver un contrato en base a un acto nulo; en consecuencia, el acto de Resolución Contractual es nulo.**

138. Como se ha podido verificar, dentro del desarrollo del presente Laudo Arbitral, específicamente en la primera pretensión, el Árbitro Único considera que el supuesto de aplicación de otras penalidades por parte de la Municipalidad Provincial de Subtanjalla hacia el Ing. Luis Enrique Mina Aparicio, ha sido incorrecto. En ese sentido, como se ha desarrollado en líneas anteriores, el Acto Jurídico que resolvió el Contrato de servicio de consultoría N° 03-2022-MDS/GM del 21.07.2022, suscrito entre las partes, **es nulo; puesto que el objeto que lo contiene es jurídicamente imposible.**

139. Por ello, el objeto del acto jurídico tiene que ser jurídicamente posible para poder ser aplicado, en consecuencia, estaríamos ante un acto jurídico nulo y/o ineficaz. A razón de ello concluimos que es lógica, doctrinaria y jurídicamente correcto afirmar que, el objeto –Otras penalidades- de la Resolución de Contrato tiene que reunir todos los requisitos que establece la ley para que pueda surtir efectos; caso contrario su consecuencia jurídica es la nulidad y/o ineficacia.

 140. Que en el presente caso se tiene que la entidad **-MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE SUBTANJALLA-** procedió a resolver el **CONTRATO DE SERVICIO DE CONSULTORÍA** suscrito con el Ing. **LUIS ENRIQUE MINA APARICIO** por la causal de ***“acumular el monto máximo de la penalidad por mora o el monto máximo para otras penalidades, en la ejecución de la prestación a su cargo,”***.

141. Que, de acuerdo a los medios probatorios presentados por la entidad se tendría por comprobada la ausencia -en la obra- del jefe de supervisión, del especialista ambiental y del especialista de seguridad en obra y salud en el trabajo, los días 03.04.2023 y 20.04.2023; ausencia que se encuentra plasmada en el Acta de visita de recopilación de información N°01/GRIC/JEJDM y en el Acta de recopilación de información e inspección física de obra N°001-2023-CG/OCI-MPI en la que participaron los representantes del órgano de control institucional y representantes de la gerencia de desarrollo urbano de la Municipalidad distrital de Subtanjalla.

142. Que, a mérito de ello, según la entidad se puede establecer que **ante el incumplimiento de ejecutar la prestación con personal acreditado y por la ausencia reiterada de los referidos profesionales en la obra** se habría configurado la causal de penalidad por **“otras penalidades”** y, en consecuencia -en salvaguarda de los intereses de la entidad- se debería de aplicar entonces dichas penalidades según la forma pactada entre las partes.

Penalidad Según Contrato de Consultoría N°03-2022-MDS/GM			
Ítem	Supuestos de Aplicación de Penalidad	Forma de Cálculo	Procedimiento
02	En caso el contratista incumpla con su obligación de ejecutar la prestación con el personal acreditado o debidamente sustituido.	1 UIT Por cada día de ausencia del personal	Según informe del área de la Gerencia de Desarrollo Urbano a cargo de la supervisión del contrato.
05	No encontrarse en la obra, el personal o equipo propuesto (por cada día).	0.5 UIT Por cada día y por cada personal propuesto que no se encuentre en obra	Según informe del área de la Gerencia de Desarrollo Urbano a cargo de la supervisión del contrato.

143. Dentro del presente cuadro de penalidades se tiene que, en el ítem 02, **en caso el contratista incumpla con su obligación de ejecutar la prestación con el personal acreditado o debidamente sustituido** se le aplicará una (1) UIT por cada día de ausencia del personal por el monto de S/ 4,600.000 soles, y, en el ítem 05, se tiene que al **no encontrarse en la obra, el personal o equipo propuesto se aplicará el 0.5 UIT por cada día** y por cada personal propuesto que no se encuentre en obra que fueron dos, dando un monto de S/ 4,600.00 soles, dando un monto total de s/.9,200.00 soles.

AAA:-

144. Que en relación a lo pactado en el contrato de consultoría se debe tener en cuenta que **fueron dos (2) días de ausencia de dicho personal por lo que daría un monto total de S/. 18,400.00 superando el monto máximo de penalidad aplicable equivalente al 10% del monto del contrato vigente**, teniendo en cuenta para ello el **INFORME LEGAL N°261-2023-GAJ-MDS**, donde se estipula los valores de la UIT vigentes al tiempo de la comisión de la penalidad. Por lo que, en este caso, correspondería una UIT DE S/. 4,950.00 soles por lo que la penalidad -según la entidad en su escrito de contestación de demanda- asciende a S/. 19,800.00 soles, pero en su cálculo de penalidad consigna S/. 18,400 soles.

Cálculo de Penalidad N°01			
✓ Ausencia en Obra el día 20 de abril del 2023 del Jefe de Supervisión y Personal Profesional Propuesto:			
Penalidad Según Contrato de Consultoría N°03-2022-MDS/GM			
Ítem	Supuestos de Aplicación de Penalidad	Forma de Cálculo	Monto (S/)
02	En caso el contratista incumpla con su obligación de ejecutar la prestación con el personal acreditado o debidamente sustituido.	1 UIT Por cada día de ausencia del personal (01 Personal: Jefe de Supervisión)	S/ 4,600.00 x 01 = S/ 4,600.00
05	No encontrarse en la obra, el personal o equipo propuesto (por cada día).	0.5 UIT Por cada día y por cada personal propuesto que no se encuentre en obra (02 Personales: Especialista Ambiental, Especialista de Seguridad en Obra y Salud en el Trabajo)	S/ 4,600.00 x 01 = S/ 4,600.00
Monto Total de Penalidad (S/)			S/ 9,200.00

Cálculo de Penalidad N°02

- ✓ Ausencia en Obra el día 03 de abril del 2023 del Jefe de Supervisión y Personal Profesional Propuesto:

Penalidad Según Contrato de Consultoría N°03-2022-MDS/GM			
Ítem	Supuestos de Aplicación de Penalidad	Forma de Cálculo	Monto (\$/)
02	En caso el contratista incumpla con su obligación de ejecutar la prestación con el personal acreditado o debidamente sustituido.	1 UIT Por cada día de ausencia del personal (01 Personal: Jefe de Supervisión)	$S/ 4,600.00 \times 01 =$ S/ 4,600.00
05	No encontrarse en la obra, el personal o equipo propuesto (por cada día).	0.5 UIT Por cada día y por cada personal propuesto que no se encuentre en obra (02 Personales: Especialista Ambiental, Especialista de Seguridad en Obra y Salud en el Trabajo)	$S/ 4,600.00 \times 01 =$ S/ 4,600.00
Monto Total de Penalidad (\$/)			S/ 9,200.00

Aplicación de Máxima Penalidad (10%)

- ✓ Según lo indicado en la CLAUSULA TERCERA: MONTO CONTRACTUAL del Contrato de Servicio de Consultoría N°03-2022-MDS/GM, el monto contratado asciende a **S/ 77,022.40 (Setenta y Siete Veintidós Mil con 40/100 soles)**, que incluye todos los impuestos de ley.
- ✓ Conforme al Cálculo de la Penalidad N°01 y Penalidad N°02, se tiene un monto total calculado de **S/ 18,400.00 (Dieciocho Mil Cuatrocientos con 00/100 soles)**, que incluye todos los impuestos de ley, superando el monto máximo de penalidad aplicable, equivalente al diez por ciento (10%) del monto del contrato vigente.

Cuadro Resumen de Aplicación de Máxima Penalidad		
Ítem	Descripción	Monto (\$/)
01	Monto Según Contrato N°03-2022-MDS/GM	S/ 77,022.40
02	Monto del 10% del Contrato N°03-2022-MDS/GM	S/ 7,702.24
03	Monto Total Calculado de Penalidad	S/ 18,400.00
Monto a Aplicar (\$/)		S/ 7,702.24

145. Que, de lo expuesto se tendría que el contratista habría acumulado la máxima penalidad por otras penalidades y en consecuencia la entidad estaba en su derecho de resolverle el referido contrato y que para ello no era necesario hacer ningún apercibimiento por tratarse de una penalidad por la causal de **“acumular el monto máximo de la penalidad por mora o el monto máximo para otras penalidades, en la ejecución de la prestación a su cargo;”**.

146. Al respecto el artículo 164° del RLCE establece: **“1. La Entidad puede resolver el contrato, de conformidad con el artículo 36° de la Ley, en los casos en que el contratista: a) Incumpla injustificadamente obligaciones contractuales, legales o reglamentarias a su cargo, pese a haber sido requerido para ello; b) Haya llegado a acumular el monto máximo de la penalidad por mora o el monto máximo para otras penalidades, en la ejecución de la prestación a su cargo; o c) Paralice o reduzca injustificadamente la ejecución de la prestación, pese a haber sido requerido para corregir tal situación”**.

147. A mérito de ello la entidad notificó al contratista el 12.05.2023 la resolución de su contrato por vía notarial; téngase presente que **por ser la causal de resolución del contrato la máxima acumulación de otras penalidades** la entidad no estaba obligada a realizar un apercibimiento al contratista. Para ello téngase en cuenta el siguiente artículo del RLCE: ***“165.2. En los siguientes casos, las partes comunican la resolución del contrato mediante carta notarial, sin requerir previamente la ejecución de la prestación materia de incumplimiento: a) Cuando la Entidad decida resolver el contrato, debido a la acumulación del monto máximo de penalidad por mora u otras penalidades. b) (...)”***.

A.A.A.:

"Año de la unidad, la paz y al desarrollo"

CARTA NOTARIAL

SEÑOR
LUIS ENRIQUE MINA APARICIO
Urbanización Los Eucaliptos Mz. A, Lote 4 – Ica

ASUNTO : Resolución de contrato

REFERENCIA : Contrato de servicio de consultoría N° 03-2022-MDS/GM

FECHA : Ica, 10 de mayo del 2023.

Por medio de la presente me dirijo a usted para saludarlo cordialmente y a la vez para comunicarle lo siguiente:

Mediante Contrato de servicio de consultoría N° 03-2022-MDS/GM, de fecha 21 de julio del 2022, se contrató sus servicios de consultoría de obra para la supervisión de la obra denominada "MEJORAMIENTO Y AMPLIACIÓN DEL SERVICIO DE PISTAS Y VEREDAS EN LAS CALLES Y PASAJES AGRUPAMIENTO LA ANGOSTURA I ETAPA, DISTRITO DE SUBTANIAALLA – PROVINCIA DE ICA – DEPARTAMENTO DE ICA".

A través del Informe N° 398-2023-GDU/PELB/MDS, de fecha 08 de mayo del 2023, la Gerencia de Desarrollo Urbano, comunica que con fecha 03 y 20 de abril del 2023, mediante acta de visita de recopilación de información N° 01/GRIC/JEJDM Y Acta de recopilación de información e inspección física de obra N° 001-2023-CG/OCI-MPI, se apersonaron a la obra con representantes del Órgano de Control Institucional – OCI de la Municipalidad Provincial de Ica, donde pudieron verificar que no se encontró al profesional propuesto por la supervisión (Supervisor de Obra, Especialista Ambiental y Especialista de Seguridad en Obra y Salud en el trabajo), recomendando la aplicación de otras penalidades y dejando a criterio de la Entidad la Resolución del contrato.

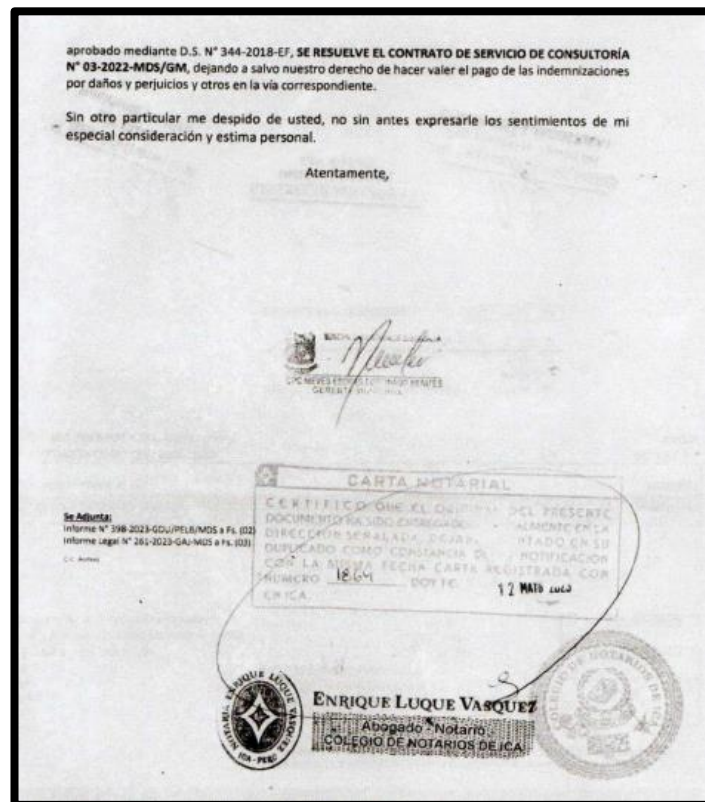
Mediante Informe Legal N° 261-2023-GAJ-MDS, la Gerencia de Asesoría Jurídica, opina porque se aplique el monto máximo de penalidades, recomendando además se proceda a la resolución del contrato por haber superado el monto máximo de penalidades.

Por lo tanto, de acuerdo al informe de la Gerencia de Desarrollo Urbano, así como la opinión legal vertida en el Informe Legal N° 261-2023-GAJ-MDS, de parte de la Gerencia de Asesoría Jurídica, señalados en los párrafos precedentes se ha previsto la imposición de "Otras penalidades", cuya suma asciende a S/. 19,800.00 soles; sin embargo, al superar el monto máximo de penalidades, solo se aplicará las penalidades por la suma de S/. 7,702.24 soles.

Así mismo, en vista a que ha acumulado el monto máximo de penalidades, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 165.4¹ del artículo 165 del reglamento de la ley de contrataciones del estado

¹Artículo 165. Procedimiento de resolución de contrato
(...)
165.4. La Entidad puede resolver el contrato sin requerir previamente el cumplimiento al contratista, cuando se deba a la acumulación del monto máximo de penalidad por mora u otras penalidades o cuando la situación de

AAA-:



148. Pero se tiene ahora que, según los actuados, **NO SE HABRÍA CONFIGURADO LA CAUSAL DE MÁXIMA ACUMULACIÓN DE OTRAS PENALIDADES**, para ello téngase presente lo manifestado ut supra en relación a la respuesta brindada por el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE) (Opinión N° 052-2022/DTN) en relación a la presente consulta que se le formula:

“Si una Entidad pública, establece en los documentos del proceso de selección, un procedimiento denominado: Procedimiento para la aplicación de penalidades, el cual está destinado única y exclusivamente a establecer la forma o modo en que se realizará el cobro de las otras penalidades al contratista, mas no está orientado a verificar los incumplimientos materia de penalización. Al respecto, se consulta: ¿Si estos tipos de procedimientos (en atención a los principios de legalidad y el sub principio de predictibilidad), cumplen con el supuesto establecido en el numeral 163.1 del Decreto Supremo 344-2018-EF, o este tipo de procedimientos, simplemente es uno distinto a aquel establecido en la norma citada.?” (Sic).

149. La entidad supervisora de las Contrataciones del Estado manifiesta: “(...), **es importante recalcar que para la correcta aplicación de las penalidades distintas a la penalidad por mora (“otras penalidades”) la Entidad deberá:** i) **prever que dichas penalidades sean objetivas, razonables, congruentes y proporcionales con el objeto de la contratación;** ii) **definir los supuestos que originarían su aplicación, los cuales deben ser diferentes al retraso injustificado o mora previsto en el artículo 162 del Reglamento;** iii) **delimitar la forma de cálculo de la penalidad para cada uno de los supuestos que previamente hubiera definido;** y, iv) **establecer el**

procedimiento a través del cual verificará si se constituye el supuesto que da lugar a la aplicación de la penalidad". (Subrayado nuestro).

150. Y concluye su respuesta manifestando, contundentemente, lo siguiente:
"EN ESE SENTIDO, SI EN LOS DOCUMENTOS DEL PROCEDIMIENTO DE SELECCIÓN NO SE HA CONTEMPLADO EL PROCEDIMIENTO A SEGUIR PARA VERIFICAR LA CONFIGURACIÓN DEL SUPUESTO QUE DARÁ LUGAR A LA APLICACIÓN DE "OTRAS PENALIDADES", DICHA PENALIDAD NO PODRÁ SER APLICADA AL CONTRATISTA.

151. Que, en ese orden de ideas, y teniendo en cuenta todo lo analizado respecto de la Segunda Pretensión, el árbitro único concluye que, **LA ENTIDAD NO CUMPLIÓ CON VERIFICAR Y JUSTIFICAR LA CAUSAL DE RESOLUCIÓN CONTRACTUAL PREVISTA EN EL LITERAL B DEL INCISO 164.1 DEL ARTÍCULO 164 DEL REGLAMENTO.** A decir, no acreditó que el CONTRATISTA incurrió en la acumulación del monto máximo de otras penalidades diferentes a la mora.

152. En razón a lo expuesto se tiene entonces que **LA ENTIDAD NO PUEDE APLICAR LA MÁXIMA ACUMULACIÓN DE OTRAS PENALIDADES AL CONTRATISTA** por no haber cumplido con uno de los requisitos primordiales consignado en la normativa de contrataciones del Estado esto es **"CONTEMPLAR EL PROCEDIMIENTO A SEGUIR PARA VERIFICAR LA CONFIGURACIÓN DEL SUPUESTO QUE DARÁ LUGAR A LA APLICACIÓN DE "OTRAS PENALIDADES".**



153. En consecuencia, se tiene entonces que el contrato de Servicio de Consultoría N° 03-2022-MDS/GM del 21.07.2022 continua vigente en todos sus extremos. **Recordemos que el contrato no sólo está vigente hasta la conformidad de la recepción, en el caso de bienes y servicios, o el consentimiento de la liquidación, en el caso de obras; sino que SU VIGENCIA SE MANTIENE HASTA QUE SE VERIFIQUE EL PAGO CORRESPONDIENTE.** Para ello nos remitimos al artículo 144° del RLCE que establece:

144.1. El contrato tiene vigencia desde el día siguiente de la suscripción del documento que lo contiene o, en su caso, desde la recepción de la orden de compra o de servicio. 144.2. Tratándose de la adquisición de bienes y servicios, el contrato rige: a) Hasta que el funcionario competente da la conformidad de la recepción de la prestación a cargo del contratista y se efectúe el pago, salvo que este sea condición para la entrega de los bienes o la prestación de los servicios, en cuyo caso el contrato se encuentra vigente hasta la conformidad respectiva; o, b) Hasta que se ejecuta la última prestación a cargo del contratista, cuando existan prestaciones que corresponden ser ejecutadas con posterioridad al pago 144.3. En el caso de ejecución y consultoría de obras, el contrato rige hasta el consentimiento de la liquidación y se efectúe el pago correspondiente. (Subrayado nuestro).

154. Por ello, EL ÁRBITRO ÚNICO DETERMINA QUE, AL HABERSE ESTABLECIDO QUE NO CORRESPONDE APLICAR OTRAS PENALIDADES AL ING. LUIS ENRIQUE MINA APARICIO POR LAS RAZONES ANTES EXPUESTAS, CORRESPONDE ENTONCES DETERMINAR QUE LA CARTA NOTARIAL NOTIFICADA EL 12.05.2023 RESULTA NULA E INEFICAZ Y, COMO CONSECUENCIA DE ELLO, EL CONTRATO SUSCRITO ENTRE LAS PARTES CONTINUA VIGENTE EN TODOS SUS EXTREMOS HASTA EL CONSENTIMIENTO DE LA LIQUIDACIÓN Y SE EFECTÚE EL PAGO CORRESPONDIENTE.

CUARTO PUNTO CONTROVERTIDO:

DETERMINAR SI CORRESPONDE O NO, QUE SE ORDENE A LA MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE SUBTANJALLA A PAGAR AL INGENIERO LUIS ENRIQUE MINA APARICIO EL IMPORTE DE S/. 42,747.43 (CUARENTA Y DOS MIL SETECIENTOS CUARENTA Y SIETE Y 43/100 SOLES), QUE CORRESPONDE EL PAGO DE LA VALORIZACIÓN N.º 03 (OCTUBRE 2023), VALORIZACIÓN N.º 04 (MARZO DEL 2023), VALORIZACIÓN N.º 05 (ABRIL DEL 2023), MÁS LOS INTERESES LEGALES DESDE LA FECHA QUE CORRESPONDÍA REALIZAR SU PAGO, HASTA LA FECHA DE PAGO EFECTIVO.

155. Para iniciar el análisis y desarrollo del cuarto punto controvertido del presente proceso arbitral es importante precisar que el contratista -Ing. LUIS ENRIQUE MINA APARICIO- expuso los siguientes argumentos en su escrito de Demanda Arbitral del 23.10.2023:

QUE LA ENTIDAD CONTRATANTE SOLO REALIZO EL PAGO DE LAS VALORIZACIONES N° 01 Y 02, PERO QUE QUEDARON PENDIENTE EL PAGO DE LAS VALORIZACIONES VALORIZACION N° 03 (OCTUBRE 2022), VALORIZACION N° 04 (MARZO DEL 2023), VALORIZACION N° 05 (ABRIL DEL 2023),

QUE LA VALORIZACION N° 03, POR EL IMPORTE DE S/. 12,708.70 (DOCE MIL SETECIENTOS OCHO Y 70/100 SOLES), CORRESPONDEN A LOS SERVICIOS PRESTADOS EN EL MES DE OCTUBRE 2022, FUE PRESENTADO A LA ENTIDAD CONTRATANTE MEDIANTE CARTA N° 072-2022/LEMA, CON FECHA 08.11.2022, PERO QUE HASTA LA FECHA LA ENTIDAD CONTRATANTE INCUMPLIO SU PAGO.


QUE LA VALORIZACION N° 04, POR EL IMPORTE DE S/. 16,174.70 (DIECISEIS MIL CIENTO SETENTA Y CUATRO Y 70/100 SOLES), CORRESPONDEN A LOS SERVICIOS PRESTADOS EN EL MES DE MARZO 2023 Y QUE FUE PRESENTADO A LA ENTIDAD CONTRATANTE MEDIANTE CARTA N° 105-2023/LEMA, CON FECHA 14.04.2023, PERO QUE HASTA LA FECHA LA ENTIDAD CONTRATANTE INCUMPLIO SU PAGO.

QUE LA VALORIZACION N° 05, POR EL IMPORTE DE S/. 13,864.03 (TRECE MIL OCHOCIENTOS SESENTA Y CUATRO Y 03/100 SOLES), CORRESPONDEN A LOS SERVICIOS PRESTADOS EN EL MES DE ABRIL 2023, FUE PRESENTADO A LA ENTIDAD CONTRATANTE MEDIANTE CARTA N° 118-2023/LEMA, CON FECHA 10.05.2023, PERO QUE HASTA LA FECHA LA ENTIDAD CONTRATANTE INCUMPLIO SU PAGO.

POR LO TANTO A LA FECHA LA ENTIDAD CONTRATANTE ADEUDA AL SUPERVISOR EL IMPORTE TOTAL DE S/. 42,747.43, LO CUAL CORRESPONDE QUE LA ENTIDAD CONTRATANTE CUMPLA CON ESTOS PAGOS ADEUDADOS.

POR LAS RAZONES EXPUESTAS SOLICITAMOS AL ARBITRO UNICO DECLARE FUNDADA NUESTRA TERCERA PRETESION Y ORDENE A LA MUNICIPALIDAD DE SUBTANJALLA EL PAGO POR EL IMPORTE DE S/. 42,747.43, MAS LOS INTERESES LEGALES DESDE LA FECHA QUE CORRESPONDIA REALIZAR CADA PAGO, HASTA LA FECHA DE PAGO EFECTIVO.

156. Y presenta como medios probatorios las cartas -dirigidas a la Gerencia de Desarrollo Urbano de la entidad municipal- en las que comunica las valorizaciones N° 3, 4 y 5, las cuales no han sido negadas, observadas y/o impugnadas:

 **LUIS ENRIQUE MINA APARICIO**
INGENIERO CIVIL
RUC N° 10078122558
CIP N° 44685

CARTA N° 72-2022/LEMA

SUBTANJALLA, 08 DE NOVIEMBRE DEL 2022

MESA DE PARTES
08 NOV. 2022
RECEPCION
Exp. N° 88-37
Folios: 87
Firma: [Firma]

A : ING. HUGO TENORIO GALLEGOS
GERENTE DE DESARROLLO URBANO

DE : ING. LUIS ENRIQUE MINA APARICIO
SUPERVISOR DE OBRA

ASUNTO : INFORME DE PAGO DE SUPERVISION - VALORIZACIÓN N° 03

REFERENCIA : OBRA: "MEJORAMIENTO Y AMPLIACION DEL SERVICIO DE PISTAS Y VEREDAS EN LAS CALLES Y PASAJES AGRUPAMIENTOS LA ANGOSTURA I ETAPA, DISTRITO DE SUBTANJALLA, PROVINCIA DE ICA, DEPARTAMENTO DE ICA"

Mediante el presente, tengo bien a dirigirme a usted cordialmente y hacerle llegar:

- INFORME DEL PAGO DE LA SUPERVISION VALORIZACIÓN N° 03 DEL MES DE OCTUBRE


Se entrega el informe del pago de la supervisión correspondiente al mes de octubre del 2022


- MONTO A FACTURAR: S/. 12,708.70
- MONTO A COBRAR: S/. 12,708.70

Monto a cobrar S/. 12,708.70 (Doce mil setecientos ocho y 70/100 Soles)

Sin otro particular me despido de Usted.

Sup: 87 Folios


LUIS ENRIQUE MINA APARICIO
INGENIERO CIVIL
RUC N° 10078122558
CIP N° 44685
SUPERVISOR DE OBRA

 **LUIS ENRIQUE MINA APARICIO**
INGENIERO CIVIL
RUC N° 10078122558
CIP N° 44685

CARTA N° 105 -2023 / LEMA

SUBTANJALLA, 14 DE ABRIL DEL 2023

MESA DE PARTES
14 ABR. 2023
RECEPCION
Exp. N° 2-103
Folios: 115
Firma: [Firma]

A : ING. PAOLA LOVERA BENAVENTE
GERENTE DE DESARROLLO URBANO

DE : ING. LUIS ENRIQUE MINA APARICIO
SUPERVISOR DE OBRA

ASUNTO : INFORME DE LA SUPERVISION - PAGO AL SUPERVISOR - VALORIZACIÓN N° 04 MES DE MARZO 2023

REFERENCIA : A) OBRA "MEJORAMIENTO Y AMPLIACION DEL SERVICIO DE PISTAS Y VEREDAS EN LAS CALLES Y PASAJES AGRUPAMIENTOS LA ANGOSTURA I ETAPA, DISTRITO DE SUBTANJALLA, PROVINCIA DE ICA, DEPARTAMENTO DE ICA"

Mediante el presente es grato saludarla, a Ud., cordialmente y hacerle llegar:

- INFORME DE LA SUPERVISIÓN DE LA VALORIZACION N° 04 DEL MES DE MARZO - 2023.

Se entrega el informe de la supervisión, correspondiente al mes de marzo, del 2023, para el pago respectivo

RESUMEN DE PAGO:


- MONTO A FACTURAR : S/ 16,174.70
- MONTO A COBRAR : S/ 16,174.70

Monto a cobrar S/ 16,174.70 soles (Dieciséis mil, ciento setenta y cuatro y 70/100)

Sin otro particular me despido de Ud.

NOTA: El Informe contiene 115 folios

ATENTAMENTE


LUIS ENRIQUE MINA APARICIO
INGENIERO CIVIL
RUC N° 10078122558
CIP N° 44685
SUPERVISOR DE OBRA

LUIS ENRIQUE MINA APARICIO
INGENIERO CIVIL
RUC N° 10078122558
CIP N° 44685

CARGO

CARTA No 118-2023 /LEMA

SUBTANJALLA

MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE SUBTANJALLA

MESA DE PARTES

10 MAYO 2023

RECEPCION

Exp. N° 3457 Hrs: 13.30

Folios: 03 Firma: [Firma]

A : ING. PAOLA LOVERA BENAVENTE
GERENTE DE DESARROLLO URBANO

DE : ING. LUIS ENRIQUE MINA APARICIO
SUPERVISOR DE OBRA

ASUNTO : ENTREGA DEL INFORME MENSUAL No 05 DE LA SUPERVISION
PARA SU PAGO

REFERENCIA : OBRA "MEJORAMIENTO Y AMPLIACION DEL SERVICIO DE PISTAS Y VEREDAS EN LAS CALLES Y PASAJES AGRUPAMIENTOS LA ANGOSTURA I ETAPA, DISTRITO DE SUBTANJALLA, PROVINCIA DE ICA, DEPARTAMENTO DE ICA

ME DIRIJO A UD PARA SALUDARLA Y A LA VEZ, HACERLE ENTREGA DEL INFORME MENSUAL No 05 DE LA SUPERVISION, PARA SU PAGO, DE LA OBRA "MEJORAMIENTO Y AMPLIACION DEL SERVICIO DE PISTAS Y VEREDAS EN LAS CALLES Y PASAJES AGRUPAMIENTOS LA ANGOSTURA I ETAPA, DISTRITO DE SUBTANJALLA, PROVINCIA DE ICA, DEPARTAMENTO DE ICA".

RESUMEN DE PAGO

NONTO A FACTURAR	S/13,864.03 SOLES
MONTO A COBRAR	S/ 13,864.03 SOLES

Monto a cobrar son : TRECE MIL OCHOCIENTOS, SESENTA Y CUATRO Y 03/10

SIN OTRO PARTICULAR ME DESPIDO DE UD.

ADJUNTA 03 EXPEDIENTE, EN 1 ORIGINAL Y 2 COPIAS, CADA EXPEDIENTE CONTIENE 88 FOLIOS.

ATENTAMENTE

[Firma]

LUIS ENRIQUE MINA APARICIO
INGENIERO CIVIL
CIP N° 44685
SUPERVISOR DE OBRA

157. Que, por su lado, tenemos que la entidad demandada (Municipalidad distrital de Subtanjalla), en su escrito de contestación de demanda del 07.11.2023 expuso los siguientes argumentos en torno al pago de las valorizaciones pendientes:

Tercero. - En cuanto a la pretensión de que se nos ordene pagar el importe de S/42,747.43 que corresponde al pago de la valorización N°03, N°04 y N°05, mediante Informe N°704-2023-GDU/PELB/MDS, la Gerenta de Desarrollo Urbano da a conocimiento que a la fecha se encuentra pendiente de tramitación la Valorización de obra N°04 y N°05, las mismas que se encuentran observadas por el área usuaria y al tener la negativa del Ingeniero Luis Enrique Mina Aparicio para decepcionarlas y realizar la subsanación conjuntamente con la empresa contratista, por lo que la entidad aun no puede continuar con la tramitación para el pago de dichas valorizaciones en el plazo establecido, pudiendo ocasionar un perjuicio económico a la entidad, si el contratista solicitara el reconocimiento de los intereses legales efectivos conforme a lo indicado en el numeral 194.7 del artículo 194 del Reglamento de la Ley 30225, Ley de Contrataciones del Estado.

158. Y, en su pronunciamiento en cuanto a los hechos, la entidad **(Municipalidad distrital de Subtanjalla)**, manifestó lo siguiente:

Quinto.- En el supuesto negado el Árbitro Único tenga a bien dar por fundada las dos primeras pretensiones y por ende ordene el pago de las liquidaciones N°03, N°04 y N°05, debe de considerar lo expuesto en el punto Tercero: "la Valorización de obra N°04 y N°05, las mismas que se encuentran observadas por el área usuaria y al tener la negativa del Ingeniero Luis Enrique Mina Aparicio para decepcionarlas y realizar la subsanación conjuntamente con la empresa contratista". Con respecto de este punto el artículo 209 inciso 9 que versa sobre las liquidaciones de contrato de obra, indica claramente "No se procede a la liquidación mientras existan controversias pendientes de resolver.

Es decir, las valorizaciones antes mencionadas han sido observadas por el área indicada y estas observaciones y demás actuaciones no han sido ventiladas, analizadas o exhibidas en el presente proceso arbitral, con lo que el árbitro único no podrá pronunciarse sobre estas valorizaciones al tener insuficientes medios de prueba que le permitan tener convicción y poder tener un Laudo Arbitral que respete el debido proceso. Siendo el debido proceso una causal específica para la validez del Laudo Arbitral, por lo que el Demandante deberá hacer valer su derecho respecto a las valorizaciones observadas en la instancia o jurisdicción correspondiente.

De manifestarse sobre este punto se deja expresa constancia que se procederá en instancia correspondiente a solicitar la Nulidad de Laudo Arbitral.

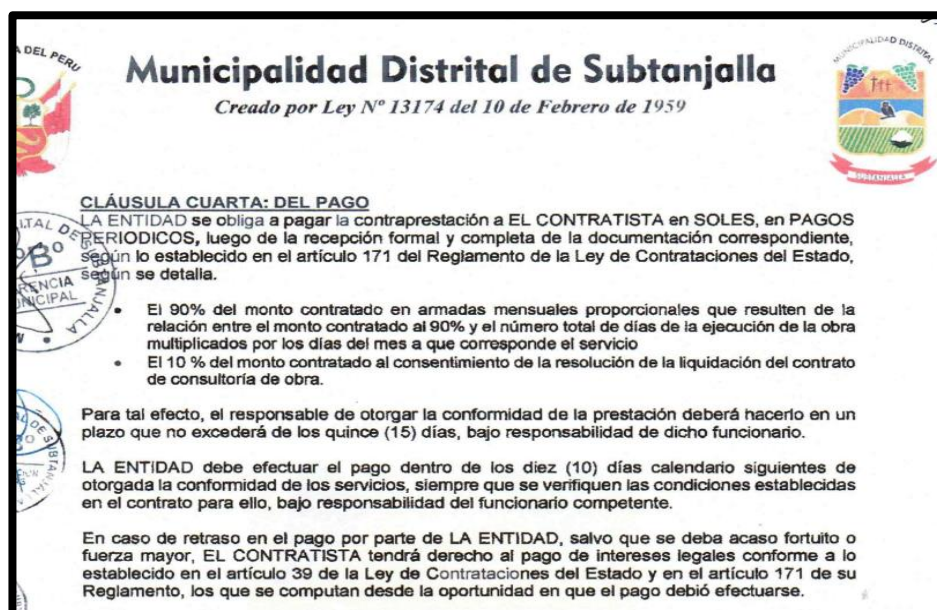


159. Que, en virtud a la controversia generada en este cuarto punto controvertido, el árbitro único considera que, **en relación con la COMPENSACIÓN, esta puede ser caracterizada como el método óptimo para dar cumplimiento a las obligaciones. El acto de pagar implica llevar a cabo la obligación de acuerdo con las condiciones originalmente acordadas, es decir, cumplir dentro de los plazos establecidos.** Pagar equivale a actuar de acuerdo con lo que es adecuado. Cumplir con el pago representa alcanzar el resultado natural de toda obligación. Indica la realización voluntaria de la misma, siguiendo estrictamente lo pactado o previsto por la ley.
160. En ese sentido se tiene la Opinión N° 027-2014/DTN del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE) que establece: "**El pago de la contraprestación constituye la principal obligación esencial que toda Entidad debe cumplir para satisfacer el interés económico del contratista, pudiendo existir otro tipo de obligaciones esenciales en función a la naturaleza u objeto del contrato o a las prestaciones involucradas.**"
161. Por ende, es de resaltar entonces que, para el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado, **la satisfacción del interés económico del contratista se materializa principalmente a través del cumplimiento de la obligación esencial de la Entidad, que consiste en el pago de la contraprestación.** Es posible que, en función de la naturaleza u objeto del contrato, así como de las prestaciones involucradas, existan otras obligaciones esenciales y lógicamente el pago representa la extinción de las obligaciones contractuales.

162. Al respecto, este árbitro debe precisar que, en el ámbito de las contrataciones públicas, con normalidad a pesar de que la prestación del servicio ya se hubiera dado el pago está condicionado adicionalmente a que se cumplan determinados presupuestos establecidos por las partes en el contrato, como lo es **EL OTORGAMIENTO DE LA CONFORMIDAD**, la presentación de ciertos documentos, entre otros. Siendo así, el árbitro único considera consignar el artículo 171° del RLCE, que señala:

“Del pago. 171.1. La Entidad paga las contraprestaciones pactadas a favor del contratista dentro de los diez (10) días calendario siguientes de otorgada la conformidad de los bienes, servicios en general y consultorías, siempre que se verifiquen las condiciones establecidas en el contrato para ello, bajo responsabilidad del funcionario competente 171.2. En caso de retraso en el pago, el contratista tiene derecho al pago de intereses legales, los que se computan desde la oportunidad en que el pago debió efectuarse. 171.3. Las controversias con relación a los pagos a cuenta o pago final pueden ser sometidas a conciliación y/o arbitraje. 171.4. De conformidad con lo establecido en el numeral 39.1 del artículo 39 de la Ley, excepcionalmente el pago puede realizarse en su integridad por adelantado cuando este sea condición de mercado para la entrega de los bienes o la prestación de los servicios, previo otorgamiento de la correspondiente garantía por el mismo monto del pago. 171.5. Conforme a lo establecido en el numeral 45.36 del artículo 45 de la Ley, el pago reconocido al proveedor o contratista como resultado de un proceso arbitral se realiza en la oportunidad que establezca el respectivo laudo y como máximo junto con la liquidación o conclusión del contrato, salvo que el proceso arbitral concluya con posterioridad. (...)”. (Subrayado nuestro).

163. Como se puede ver de lo establecido en el RLCE para que se produzca el pago, este está condicionado a que se cumplan las condiciones establecidas en el contrato, siendo que **en caso no se produzcan no será posible que se proceda al pago**, y en el supuesto que el retraso se deba a causas no imputables al contratista este adquiere el derecho al pago de intereses legales.
164. Siendo esto así, es necesario remitirnos al contrato, el cual regula en su Clausula Cuarta lo referente al pago, conforme al siguiente detalle:





165. Se debe advertir, que los pagos estaban condicionados a la presentación de las valorizaciones mensuales, y de que de conformidad con el artículo 171° del Reglamento de la Ley de Contrataciones, se hubiera emitido la conformidad del Servicio, **de la revisión del total de los medios probatorios presentados por el contratista se puede evidenciar que existen tres cartas con sus respectivos anexos que acreditan fehacientemente la presentación de 03 valorizaciones** referente a los pagos correspondientes a los meses que la entidad adeuda.

166. Pero, en el presente análisis, también es de verse que **NO EXISTEN DOCUMENTOS QUE evidencien el OTORGAMIENTO DE LA CONFORMIDAD DE LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO, el mismo que debió ser emitido** por el responsable de la entidad de otorgar la conformidad ello según lo establecido en la cláusula cuarta del contrato de servicio de consultoría de la referencia.

167. Pero, al margen de la inexistencia del otorgamiento de la conformidad del pago de las valorizaciones reclamadas se tiene que la entidad reconoce en su contestación de demanda que **"se encuentran pendientes de tramitación las valorizaciones N° 04 y N° 05 para su pago"** pero no hace ninguna mención a la **valorización N° 03**; no manifiesta si esta fue pagada o no, si esta está en trámite o no, lo único que podemos argüir es que no habría sido observada y que estaría próxima a ser pagada; la entidad no la ha impugnado, no se pronuncia sobre ella, en consecuencia podemos interpretarlo como una valorización que no tiene observaciones y que debería ser pagada.


Tercero. - En cuanto a la pretensión de que se nos ordene pagar el importe de S/42,747.43 que corresponde al pago de la valorización N°03, N°04 y N°05, mediante Informe N°704-2023-GDU/PELB/MDS, la Gerenta de Desarrollo Urbano da a conocimiento que a la fecha se encuentra pendiente de tramitación la Valorización de obra N°04 y N°05, las mismas que se encuentran observadas por el área usuaria y al tener la negativa del Ingeniero Luis Enrique Mina Aparicio para decepcionarlas y realizar la subsanación conjuntamente con la empresa contratista, por lo que la entidad aun no puede continuar con la tramitación para el pago de dichas valorizaciones en el plazo establecido, pudiendo ocasionar un perjuicio económico a la entidad, si el contratista solicitara el reconocimiento de los intereses legales efectivos conforme a lo indicado en el numeral 194.7 del artículo 194 del Reglamento de la Ley 30225, Ley de Contrataciones del Estado.

168. Al no contarse con la conformidad de ninguna de estas tres valorizaciones (03, 04 y 05) el árbitro único no puede establecer que se haya dado estricto cumplimiento a las condiciones dispuestas en el contrato y en la normativa de contrataciones del Estado para que se pueda ordenar el pago peticionado pero, queda a salvo el derecho del contratista de continuar con el trámite de pago de las valorizaciones no pagadas según lo reglamentado.

169. Pero téngase presente que -según lo resuelto ut supra- el contrato de Servicio de Consultoría N° 03-2022-MDS/GM del 21.07.2022 continua vigente

en todos sus extremos **HASTA QUE SE VERIFIQUE EL PAGO CORRESPONDIENTE**. Para ello volvemos a reiterar el artículo 144° del RLCE que establece:

144.1. El contrato tiene vigencia desde el día siguiente de la suscripción del documento que lo contiene o, en su caso, desde la recepción de la orden de compra o de servicio. 144.2. Tratándose de la adquisición de bienes y servicios, el contrato rige: a) Hasta que el funcionario competente da la conformidad de la recepción de la prestación a cargo del contratista y se efectúe el pago, salvo que este sea condición para la entrega de los bienes o la prestación de los servicios, en cuyo caso el contrato se encuentra vigente hasta la conformidad respectiva; o, b) Hasta que se ejecuta la última prestación a cargo del contratista, cuando existan prestaciones que corresponden ser ejecutadas con posterioridad al pago 144.3. En el caso de ejecución y consultoría de obras, el contrato rige hasta el consentimiento de la liquidación y se efectúe el pago correspondiente. (Subrayado nuestro).

- 
170. EN CONSECUENCIA, NO CORRESPONDE ORDENAR QUE LA MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE SUBTANJALLA PAGUE AL INGENIERO LUIS ENRIQUE MINA APARICIO EL IMPORTE DE S/. 42,747.43 SOLES POR EL PAGO PERTINENTE A LAS VALORIZACIONES N.º 03, N.º 04, N.º 05 Y POR EL PAGO DE INTERESES LEGALES, QUEDANDO A SALVO SU DERECHO A COBRAR SUS VALORIZACIONES -DE CORRESPONDER- MIENTRAS DURE LA VIGENCIA DE SU CONTRATO.

QUINTO PUNTO CONTROVERTIDO:

DETERMINAR SI CORRESPONDE O NO QUE LA MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE SUBTANJALLA ASUMA EL INTEGRO DE LOS COSTOS Y COSTAS DEL PRESENTE PROCEDIMIENTO ARBITRAL.

171. Que al respecto téngase presente que el numeral 1) del artículo 72° del Decreto Legislativo N° 1071 dispone que el Tribunal Arbitral debe pronunciarse en el laudo arbitral sobre los costos indicados en el artículo 70° del citado cuerpo legal. Asimismo, el numeral 1) del artículo 73° señala que el Tribunal Arbitral debe tener presente, de ser el caso, lo pactado en el convenio arbitral; además, tal norma legal establece que, si el convenio arbitral no contiene pacto alguno sobre los gastos, **los costos del arbitraje serán de cargo de la parte vencida**; sin embargo, los Tribunal Arbitrales podrán distribuir y prorratear estos costos entre las partes, si estiman que el prorrateo es razonable, teniendo en cuenta las circunstancias del caso.
172. En el presente caso de la revisión del convenio arbitral celebrado entre las partes, se advierte que **las partes no convinieron nada en relación a los costos del arbitraje, por lo que corresponde que la distribución de los mismos sea determinada por el ARBITRO UNICO** de manera discrecional y apelando a su debida prudencia.

173. Considerando el resultado del arbitraje, desde el punto de vista del ARBITRO UNICO, se advierte que la controversia entre las partes se inició por una incorrecta aplicación de otras penalidades por parte de la entidad, la misma que ha obtenido un pronunciamiento del árbitro en el extremo de que no correspondía aplicar otras penalidades al contratista, asimismo se tiene que la parte demandante se vio afectada con la resolución de su contrato; resolución que ha sido declarada como nula e ineficaz por el arbitro único, por ello **CORRESPONDE DISPONER QUE EL 100% DE LOS COSTOS DEL ARBITRAJE SEAN CANCELADOS EN SU TOTALIDAD POR LA ENTIDAD, es decir por la Municipalidad distrital de Subtanjalla.** Entiéndase como costos del arbitraje los honorarios del Tribunal Arbitral y los gastos administrativos del Centro.

174. Precísese también que los costos en los que incurrieron cada una de las partes, como consecuencia de su defensa técnica en el presente proceso arbitral serán asumidos por cada uno de las partes.

175. En ese sentido, de la revisión de los actuados del presente proceso arbitral entre el **ING. LUIS ENRIQUE MINA APARICIO Y MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE SUBTANJALLA**, se advierte que los gastos arbitrales fueron fijados de la siguiente manera:

176. PRETENSION CON CUANTÍAS CUANTIFICABLES, SEGÚN SOLICITUD DE INICIO DE ARBITRAJE:

- 1° Pretensión: S/. 7,702.24 SOLES
- 2° Pretensión: S/. 7,702.24 SOLES
- 3° Pretensión: S/. 42,747.43 SOLES
- TOTAL CUANTIA: S/. 58,151.91 SOLES

177. PRIMERA LIQUIDACION DE COSTOS ARBITRALES

Gastos administrativos:	S/. 1,970 soles netos + el 18% IGV
Honorarios árbitro único	S/. 2,588 soles netos + el 18% IGV
TOTAL:	S/. 4,558 soles netos + el 18% IGV

178. El total, de los costos arbitrales **SON PAGADOS** por cada una de las partes- a razón del 50% cada uno:

DEMANDANTE:	S/. 2,279 soles netos + el 18% IGV
DEMANDADO	S/. 2,279 soles netos + el 18% IGV
TOTAL:	S/. 4,558 SOLES NETOS + 18% IGV

179. De la referida liquidación se tiene que el demandante **ING. LUIS ENRIQUE MINA APARICIO** cumplió con cancelar oportunamente el monto de S/. 2,279 soles netos + el 18% IGV que le correspondía. Se tiene también que la parte demanda **MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE SUBTANJALLA** no cumplió con pagar la parte que le correspondía procediendo el demandante a **pagar por subrogación** S/. 2,279 soles netos + el 18% IGV que era la parte que le correspondía a la Entidad.

180. Por lo tanto, a partir de las consideraciones antes expuestas, **CORRESPONDE ORDENAR QUE LA ENTIDAD -MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE SUBTANJALLA- PAGUE, EN TOTAL, A FAVOR DEL DEMANDANTE** la suma neta de **S/. 4,558 soles netos + el 18% IGV**, monto que corresponde al 100% de los costos del presente arbitraje.

181. En consecuencia, se **DETERMINA QUE, SI CORRESPONDE QUE LA MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE SUBTANJALLA ASUMA EL 100% DE LOS COSTOS Y COSTAS DEL PRESENTE PROCEDIMIENTO ARBITRAL, DEVIENDO DEVOLVER EL MONTO TOTAL AL CONTRATISTA.**

XIII. DECISIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL:

182. El Tribunal Arbitral de árbitro único deja constancia que para la expedición de este laudo ha analizado todos los argumentos de defensa expuestos por las partes y ha examinado cada una de las pruebas aportadas por éstas de acuerdo con las reglas de la sana crítica y al principio de libre valoración de la prueba.



183. Se precisa que el sentido de la Decisión es el resultado del análisis y de su convicción sobre la controversia, al margen de que algunas pruebas presentadas o actuadas y algunos de los argumentos esgrimidos por las partes no hayan sido expresamente citados en el presente laudo, habiendo tenido presente durante la tramitación de todo este proceso arbitral, y en la emisión de este laudo, los principios que orientan y ordenan todo arbitraje y que fueron consignados en el Acta de Instalación de Tribunal Arbitral.

ESTANDO A LAS CONSIDERACIONES EXPUESTAS, DENTRO DEL PLAZO CORRESPONDIENTE, EL TRIBUNAL ARBITRAL DE ARBITRO ÚNICO Y EN DERECHO, LAUDA:

PRIMERO. – DECLARAR FUNDADO QUE NO CORRESPONDE APLICAR OTRAS PENALIDADES AL INGENIERO LUIS ENRIQUE MINA APARICIO EN SU CALIDAD DE CONTRATISTA POR EL SUPUESTO DE PENALIDAD N.º 02 Y LA PENALIDAD N.º 05 ESTABLECIDA EN LA CLÁUSULA DUODÉCIMA DEL CONTRATO SUSCRITO ENTRE LAS PARTES.

SEGUNDO. – DECLARAR FUNDADA LA PRIMERA PRETENSIÓN DE LA DEMANDA Y COMO CONSECUENCIA DE ELLO -SE REITERA- NO CORRESPONDE APLICAR LA MÁXIMA PENALIDAD POR EL SUPUESTO DE PENALIDAD N.º 02 Y EL SUPUESTO DE LA PENALIDAD N.º 05.

TERCERO. – EL ÁRBITRO ÚNICO DECLARA FUNDADA QUE, LA CARTA NOTARIAL DE RESOLUCION DE CONTRATO NOTIFICADA EL 12.05.2023 RESULTA NULA E INEFICAZ Y COMO CONSECUENCIA DE ELLO EL CONTRATO SUSCRITO ENTRE LAS PARTES CONTINUA VIGENTE EN TODOS SUS EXTREMOS HASTA EL CONSENTIMIENTO DE LA LIQUIDACIÓN Y SE EFECTÚE EL PAGO CORRESPONDIENTE.

CUARTO. - DECLARAR FUNDADO QUE, NO CORRESPONDE QUE LA MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE SUBTANJALLA PAGUE AL INGENIERO LUIS ENRIQUE MINA APARICIO EL IMPORTE DE S/. 42,747.43 SOLES POR EL PAGO DE LA N.º 03, VALORIZACIÓN N.º 04 Y VALORIZACIÓN N.º 05 Y TAMPOCO EL PAGO DE LOS INTERESES LEGALES.

QUINTO. - DECLARAR QUE SI CORRESPONDE QUE LA MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE SUBTANJALLA ASUMA EL 100% DEL PAGO DE LOS COSTOS Y COSTAS DEL PRESENTE PROCESO ARBITRAL DEBIENDO DEVOLVER AL CONTRATISTA LA SUMA DE S/. 4,558 SOLES NETOS + 18% IGV.

SEXTO. - DISPÓNGASE QUE LA SECRETARÍA ARBITRAL REMITA EL PRESENTE LAUDO ARBITRAL A LAS PARTES Y A LA DIRECCIÓN DE ARBITRAJE DEL OSCE PARA SU PUBLICACIÓN EN LA PLATAFORMA DEL SEACE.

SÉPTIMO: COMUNÍQUESE A LAS PARTES -VIRTUALMENTE- POR MEDIO DEL SECRETARIO ARBITRAL.



ABOG. ALEXANDER ALBAN ALENCAR
ARBITRO UNICO



MAG. SEGUNDO VICTOR LEON RAMIREZ
SECRETARIO ARBITRAL