

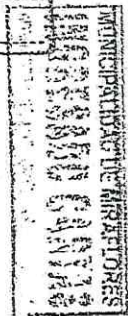
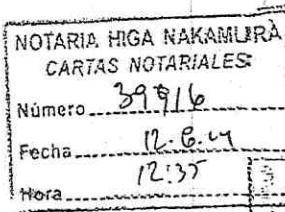
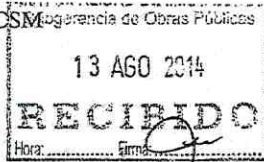
Laudo Arbitral de Derecho
Tribunal Arbitral:

Dr. Alejandro Alfredo Acosta Alejos
Dr. Ralph Phil Montoya Vega
Dr. Mario Manuel Silva López

Carta Notarial N°001-2014 - CSM Subgerencia de Obras Públicas

Lima 11 de agosto de 2014

Señores:
Municipalidad Distrital de Miraflores
Presente.-



Atención : Att.: Ing. Pedro Dante Abrill Roncal
Subgerencia de Obras Públicas
Cv. LARCO N° 400
Referencia : A.M.C. N°038-2013-CE/MM
Supervisión de la Ejecución de la Obra: Mejoramiento de la
Infraestructura Vial de la Av. José Larco - Miraflores Lima - Lima"
Asunto : Apercibimiento de Resolución de Contrato de Consultoría de Obra

Estimados señores:

Es grato dirigirnos a Ustedes, a fin de requerirles el cumplimiento de sus obligaciones contractuales, las que les manifestamos son necesarias su atención, para poder cumplir con las metas del proyecto.

1.- El reconocimiento y pago de las prestaciones en un plazo mayor al pactado en el contrato, por causas imputables al Contratista, por el monto ascendente a la suma de S/150,000.00 (Ciento cincuenta mil y 00/100 Nuevos Soles).

Sin otro particular, a la espera de que en el plazo de 01 días calendarios, se dé cumplimiento a sus obligaciones contractuales, a fin de no vernos obligados a tener que resolver el contrato de pleno derecho, en forma total, al amparo del artículo 169°, del D.S. N°184-2008-EF Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, nos reiteramos de ustedes.

Atentamente.

Consortio Supervisor Maukayata

CARTA EXTERNA No
25659-2014
Secretaría General
Solicitante : CONSORCIO MAUKAYATA
Asunto : CARTA NOTARIAL/APERCIBIMIENTO DE
Folios : 1

El Supervisor no señala en la referida Carta notarial en qué fecha(s) ha procedido a presentarle a la Entidad su solicitud de pago por el monto de S/. 150,000.00 soles con su(s) respectivo(s) comprobante(s) de pago.

En dicha comunicación se evidencia que el Supervisor solicita el pago de prestaciones por un plazo mayor al pactado contractualmente.

Dr. Alejandro Alfredo Acosta Alejos
Dr. Ralph Phil Montoya Vega
Dr. Mario Manuel Silva López

Mediante Carta Notarial N° 002-CSM, recibida por la Entidad el 21 de agosto de 2014, el Supervisor procedió a resolver el contrato señalando que los incumplimientos detallados en su carta de la referencia no han sido atendidos.

Carta Notarial N°002-CSM

Lima 19 de agosto de 2014

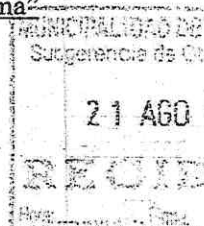
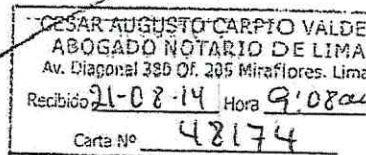
Presente.-

Atención : **Att.: Ing. Pedro Dante Abrill Roncal**
Subgerencia de Obras Públicas

Referencia : A.M.C. N°038-2013-CE/MM

Supervisión de la Ejecución de la Obra: Mejoramiento de la
Infraestructura Vial de la Av. José Larco – Miraflores Lima – Lima
CU. LARCO N° 400 - MIRAFLORES

Asunto : **Resolución de Contrato de Consultoría de Obra**



Estimados señores:

Es grato dirigirnos a Ustedes, a fin de manifestarles que habiendo nuestra representada cumplido con hacerles el apercibimiento estipulado en el Artículo 169°, del D.S. N°184-2008-EF, Reglamento de Contrataciones del Estado, para que resuelvan todos los incumplimientos señalados en nuestra carta de la referencia, los cuales **no han sido atendidos** por su representada, por lo que por el presente nos vemos obligados a **RESOLVER EL CONTRATO DE PLENO DERECHO EN FORMA TOTAL**.

Como consecuencia del párrafo anterior y de acuerdo a lo estipulado en el Artículo 209°, del D.S. N°184-2008-EF, Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, señalamos el día 27 de agosto del 2014, a horas 10:00 a.m., el momento en que se realizara el Acto de la Constatación Física e Inventario de la Obra, el mismo que comenzara en la av. José Larco N° 1200, Distrito de Miraflores Provincia y Departamento de Lima.

Sin otro particular, nos reiteramos de ustedes.

Cordialmente,

Consortio Supervisor Maukayat



CARTA EXTERNA No

*Dr. Alejandro Alfredo Acosta Alejos
Dr. Ralph Phil Montoya Vega
Dr. Mario Manuel Silva López*

Tal como se aprecia en la imagen de la referida Carta Notarial, el Supervisor no ha detallado que incumplimientos no han sido atendidos por la Entidad.

Sin embargo, el Supervisor en su contestación de demanda señala que el motivo de la causal de resolución de contrato es que la Entidad no cumplió con el pago de las prestaciones por el exceso del plazo contractual por el monto ascendente a la suma de S/. 150,000.00 soles.

Tercero.- Atendiendo a que el Supervisor señala que la causal de su resolución del contrato es por incumplimiento de pago de prestaciones por parte de la Entidad por el monto ascendente a la suma de S/. 150,000.00 soles, es preciso resaltar lo siguiente:

- La normativa de contrataciones del Estado busca limitar la potestad resolutoria del contratista a solo aquellos casos en que la Entidad incumpla con sus obligaciones esenciales, con la finalidad de promover la continuidad de la ejecución del contrato y, en consecuencia, satisfacer el interés público involucrado con la contratación.²
- El pago constituye una obligación esencial de la Entidad.

Ahora bien, el contrato suscrito por las partes establece el procedimiento que debe seguir el contratista para solicitar el pago de sus prestaciones:

CLÁUSULA CUARTA: DEL PAGO

LA MUNICIPALIDAD se obliga a pagar la contraprestación a **EL CONTRATISTA** en Nuevos Soles, en pagos periódicos, luego de la recepción formal y completa de la documentación correspondiente, según lo establecido en el artículo 181 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

Para tal efecto, el responsable de otorgar la conformidad de la prestación deberá hacerlo en un plazo que no excederá de los diez (10) días calendario de ser estos recibidos.

LA MUNICIPALIDAD debe efectuar el pago dentro de los quince (15) días calendario

siguiente al otorgamiento de la conformidad respectiva, siempre que se verifiquen las demás condiciones establecidas en el contrato.

En caso de retraso en el pago, **EL CONTRATISTA** tendrá derecho al pago de intereses conforme a lo establecido en el artículo 48 de la Ley de Contrataciones del Estado, contado desde la oportunidad en el que el pago debió efectuarse.

Asimismo, debe tenerse presente lo estipulado en las bases:

² Opinión del Osce N° 27-2014/DTN

*Dr. Alejandro Alfredo Acosta Alejos
Dr. Ralph Phil Montoya Vega
Dr. Mario Manuel Silva López*

2.7 Forma de pago

La Entidad deberá realizar el pago de la contraprestación pactada a favor del contratista en pagos parciales con la conformidad del área usuaria.

De acuerdo con el Artículo 176 del Reglamento, para efectos del pago de las contraprestaciones ejecutadas por el contratista, la Entidad deberá contar con la siguiente documentación:

- *Recepción y conformidad*
- *Informe del funcionario responsable del área usuaria emitiendo su conformidad de la prestación efectuada, cuando corresponda.*
- *Comprobante de pago.*

2.8 Plazo para el pago

La Entidad debe efectuar el pago dentro de los quince (15) días calendarios siguientes al otorgamiento de la conformidad respectiva, siempre que se verifiquen las demás condiciones establecidas en el contrato.

En virtud de ello, en principio correspondía que el Supervisor presente a la Entidad la documentación correspondiente a los servicios que ha prestado y el comprobante de pago ascendente a la suma de S/. 150,000.00 soles, que es el monto que señala que no le ha sido pagado.

Al respecto, este Tribunal Arbitral, de la revisión de los medios probatorios aportados por las partes, solo constata la presentación de los siguientes documentos:

- Carta de fecha 26 de junio de 2014, a través del cual el Supervisor solicita el pago de honorarios por mayores costos por la ejecución de prestaciones en un plazo mayor al pactado (21 días) señalando que el monto que corresponde que la Entidad le reconozca asciende a S/ 21,113.69 soles.
- Carta de fecha 03 de julio de 2014, a través del cual el Supervisor solicita el pago de honorarios por mayores costos por la ejecución de prestaciones en un plazo mayor al pactado (41 días) adjuntando para ello una factura por el monto de S/ 41,221.81 soles.

*Dr. Alejandro Alfredo Acosta Alejos
Dr. Ralph Phil Montoya Vega
Dr. Mario Manuel Silva López*

Documentos que resultan insuficientes para acreditar que efectivamente la Entidad le adeudaba al Supervisor el monto que señala en su apercibimiento de resolución de contrato.

Cuarto.- Sin perjuicio de lo expuesto líneas arriba, para este Tribunal Arbitral solo cabría la posibilidad de reconocer los mayores costos incurridos y acreditados, vía la figura de restitución del equilibrio económico del contrato, habida cuenta que no resulta posible, y afectaría la ecuación económica del contrato, obligar a una de las partes a ejecutar mayores trabajos a título gratuito y sin recibir contraprestación alguna por ellos.

En ese caso, se analizaría los mayores costos y gastos generales acreditados por la supervisión, siendo que sobre el tema, es importante tener en cuenta la Opinión N° 109-2013/DTN de fecha 16 de diciembre de 2013, emitida por el OSCE cuya posición, en este extremo es compartida por el Tribunal Arbitral:

"La presentación de comprobantes de pago, planillas, recibos o cualquier otro documentos que demuestre el gasto incurrido durante el periodo de ampliación de plazo"

En ese sentido, para el Tribunal, la evaluación de la fundamentación del supervisor respecto a los mayores trabajos y su acreditación y su vinculación a la resolución del contrato estaría sujeta a que la supervisión acredite el monto solicitado con comprobantes de pago, planillas, o recibos que se encuentren vinculados a la obra así como a la función de supervisor incluyéndose evidentemente aquellos gastos variables que se pudo incurrir.

Quinto.- En ese contexto, el Tribunal de acuerdo con la revisión de los documentos que obran en autos, concluye lo siguiente:

- i) Que el Supervisor no ha remitido un comprobante o comprobantes de pago por el monto total de S/. 150,000.00 soles, incumpliendo así con lo estipulado en la cláusula cuarta del contrato y las bases.
- ii) Que el Supervisor no ha presentado a la Entidad durante la ejecución contractual documentos que acrediten fehacientemente que el costo de los mayores trabajos que señala haber realizado fuera del plazo contractual ascienden a S/. 150,000.00 soles.

*Dr. Alejandro Alfredo Acosta Alejos
Dr. Ralph Phil Montoya Vega
Dr. Mario Manuel Silva López*

- iii) Que el Supervisor no ha presentado en el presente proceso arbitral documentos que acrediten fehacientemente que el costo de los mayores trabajos que señala haber realizado fuera del plazo contractual ascienden a S/. 150,000.00 soles, ello en razón a que no ha presentado comprobantes de pago, planillas, o recibos que se encuentren vinculados a la obra así como a la función de supervisor incluyéndose evidentemente aquellos gastos variables que se pudo incurrir.

Entonces, se advierte que el procedimiento de resolución de contrato efectuado por el Supervisor no ha cumplido con cada uno de los lineamientos y disposiciones previstos en la normativa de contrataciones.

Por lo tanto, este Tribunal considera que no puede pronunciarse respecto a una resolución de contrato que no ha sido debidamente acreditada, En ese sentido, este Colegiado no podría analizar e interpretar los fundamentos que ameritaba al Supervisor a resolver el contrato a la Entidad.

Sexto.- Respecto a la carga de la prueba, Eduardo Couture señala que:

"(. ..) Carga de la prueba quiere decir, en primer término, en su sentido estrictamente procesal, conducta impuesta a uno o a ambos litigantes, para que acrediten la verdad de los hechos enunciados por ello. La ley distribuye por anticipado entre uno y otro litigante la fatiga probatoria. Textos expresos señalan al actor y al demandado las circunstancias que han de probar, tendiendo en consideración sus diversas proposiciones formuladas en el juicio.

Pero en segundo término, casi siempre en forma implícita porque no abundan los textos expresos que lo afirmen, la ley crea al litigante la situación embarazosa de no creer sus afirmaciones, en caso de no ser robadas. El litigante puede desprenderse de esa peligrosa suposición si demuestra la verdad de aquellas"³

³ Couture, Eduardo: Fundamentos del Derecho Procesal, Ediciones Desalma, Buenos Aires 1964

*Dr. Alejandro Alfredo Acosta Alejos
Dr. Ralph Phil Montoya Vega
Dr. Mario Manuel Silva López*

Como señala el profesor Canelo, "Con la prueba se persigue la justificación de la verdad de los hechos controvertidos en un juicio, por los medio que autoriza y reconoce por eficaces la ley".⁴

La carga de la prueba no supone ningún derecho del adversario, sino un imperativo del propio interés de cada parte, es una circunstancia de riesgo que consiste en que quien no prueba los hechos que ha de probar pierde el pleito.

Teniendo en consideración los párrafos precedentes, este Tribunal tiene la convicción que la resolución de contrato efectuada por el Supervisor no resulta valida y eficaz⁵, en ese sentido, corresponde declarar nula la resolución de contrato y fundada la pretensión formulada por la Entidad.

PUNTO CONTROVERTIDO RELACIONADO CON LA PRETENSION E) DE LA ACUMULACION DE LA RECONVENCION

Determinar si corresponde o no declarar el consentimiento de la Liquidación Final del Servicio, presentada con Carta N° 068-2014/CSM, recibido el 11 de diciembre del 2014, al amparo del artículo 179 del D.S N° 184-2008-EF, modificado por el D.S. N° 138-2012-EF Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado; en consecuencia, se reconozca y ordene el pago del saldo a favor por el monto ascendente a la suma de S/.170,273.00 (Ciento setenta mil doscientos setenta y tres con 00/100 Nuevos Soles) Nuevos Soles, más los intereses que se generen hasta la fecha de pago.

POSICION DEL SUPERVISOR

El Contratista señala que mediante Carta Notarial N° 01-2014-CSM, recibida el 13.08.14, se remitió a la Entidad el apercibimiento de resolución de contrato, a fin de

⁴Canelo Rabanal, R. Comentario al artículo 188 del Código Procesal Civil n Código Procesal Civil Comentado. Tomo 11,1° Edición. Editorial Adrus. Arequipa, Junio 2010. P. 36.

⁵ Es más, cabe precisar que mediante escrito de fecha 19 de febrero de 2016, el Supervisor procedió a desistirse de su pretensión referida a la validez de la resolución de contrato efectuada por esta.

*Dr. Alejandro Alfredo Acosta Alejos
Dr. Ralph Phil Montoya Vega
Dr. Mario Manuel Silva López*

que cumpla con el pago de las prestaciones por el exceso del plazo contractual, por el monto accedente a la suma de S/. 150,000.00 Nuevos Soles.

Con Carta Notarial N° 02-2014-CSM, recibida el 21.08.14 y ante los diversos incumplimientos por parte de la Entidad Contratante, se resolvió el Contrato de Servicio de Consultoría.

Luego, con Acta de fecha 27.08.14, se realizó la Constatación Física e Inventario, con fines de liquidar el Contrato de Servicio de Consultoría de Obra.

Posteriormente, con Carta N° 068-2014/CSM, recibida el 11.12.14, se remitió a la Entidad Contratante, la Liquidación Final del Servicio.

Ante ello, el Supervisor a través de la Carta N° 614-2014-SGOP-GOSP/MM, recibida el 19.12.14, la Entidad responde a la Carta N° 068-2014/CSM, recibida el 11.12.14, argumentando que no procede la Liquidación Final de Obra, mientras existan controversias pendientes de resolver, al amparo del artículo 211 del D.S. N° 184-2008-EF, modificado por el D.S N° 138-2012-EF, Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado; sin embargo, para el caso de Servicios, como es el presente caso, en el artículo 179° del citado cuerpo legal, no prohíbe la práctica de la Liquidación Final del Servicio, mientras existan controversias pendientes de resolver, más aún, no hace referencia al respecto.

Finalmente, señala el Supervisor que al no haber pronunciamiento sobre el fondo de la Liquidación Final de Servicio, esta ha quedado consentida, al amparo del Artículo 179 del Reglamento de Contrataciones del Estado.

POSICIÓN DE LA ENTIDAD

Por su parte la Entidad, señala que la resolución del Contrato N° 063-2013 para la ejecución de obra "Mejoramiento de la Infraestructura Vial de la Av José Larco, distrito de Miraflores- Lima- Lima" se encuentra sometida a arbitraje de derecho con Exp. N° I596-2014, por lo que solo se tendrá consentida, si el Laudo Arbitral resuelve declarar infundadas las pretensiones de la Contratista y válida la resolución contractual.

*Dr. Alejandro Alfredo Acosta Alejos
Dr. Ralph Phil Montoya Vega
Dr. Mario Manuel Silva López*

En esa misma medida, la Resolución del Contrato N° 085-2013 por el Servicio de Consultoría para la Supervisión de Obra: "Mejoramiento de la Infraestructura Vial de la Av José Larco, distrito de Miraflores- Lima- Lima" materia del presente arbitraje, se tendrá consentida si el Laudo Arbitral se expide en favor de la Supervisión caso contrario se mantendrá vigente con todas las obligaciones y derechos que este conlleve.

Teniendo en cuenta ello, la Entidad arguye que la Opinión N° 101-2013/DTN del OSCE expresa que para iniciar la liquidación de un contrato de obra que ha sido resuelto, es necesario que dicha resolución haya quedado consentida, pues no es posible realizarla mientras existan controversias pendientes de resolver de conformidad con lo señalado en el último párrafo del artículo 211 del Reglamento de la Ley de Contrataciones que indica: "(...) *No se procederá a la liquidación mientras existan controversias pendientes de resolver (...)*".

Agrega que **"el plazo que tiene el contratista para presentar la liquidación de obra en caso de resolución de su contrato se computa desde que la resolución haya quedado consentida y no desde la recepción de la obra, puesto que al resolverse el contrato de obra no se puede llevar a cabo el proceso de recepción de obra detallado en el artículo 210 del Reglamento"**

En ese sentido, considera la Entidad que la resolución de un contrato de obra queda consentida en dos supuestos:

- (i) Cuando no fue sometida a conciliación y/o arbitraje por la parte afectada con la resolución, dentro del plazo de caducidad establecido para ello; o
- (ii) Cuando el acto (laudo o acta de conciliación) que resuelve la controversia sobre la resolución del contrato quede consentido. En ese último supuesto, el acto que resuelve la controversia debe establecer a qué parte es imputable la resolución del contrato de obra, hecho que es importante para efectos de la liquidación del contrato porque determina diversos efectos económicos para las partes, de conformidad con el cuarto y quinto párrafo del artículo 209 del Reglamento.

*Dr. Alejandro Alfredo Acosta Alejos
Dr. Ralph Phil Montoya Vega
Dr. Mario Manuel Silva López*

Vale decir como punto de partida, que no se podrá liquidar la obra mientras se encuentre en controversia la resolución del Contrato N° 063-201, impedimento reconocido por el Supervisor.

Sin embargo, el Supervisor refiere que el Reglamento de la Ley de Contrataciones no prohíbe la práctica de la liquidación final del servicio mientras existan controversias pendientes de resolver, conclusión que resulta incorrecta ya que el Reglamento se debe interpretar de manera sistemática para cumplir el sentido de la ley como así lo entiende el OSCE a través de las Opiniones vertidas por la Dirección Técnica Nacional quien de manera coherente explica el alcance de las normas.

En efecto, la Opinión N° 019-2014/DTN considera que *“si bien el contrato de ejecución de obra es independiente al contrato de supervisión –en tanto constituyen relaciones jurídicas distintas–, la naturaleza accesoria que tiene el segundo respecto del primero determina, por lo general, que los eventos⁶ que afectan la ejecución de la obra también afecten las labores del supervisor”*.

En el presente caso, la Entidad resolvió el contrato de obra mediante Resolución de la Gerencia de Administración y Finanzas N° 053-2014-GAF/MM de fecha 21 de julio de 2014 la cual es materia de arbitraje a la fecha; por lo que de manera *accesoria*, el contrato de supervisión no podrá terminar mientras no se hayan cumplido todas las obligaciones para lo cual fue contratado, entre estas, la liquidación final de obra que se encuentra prevista en el literal m), numeral 7) de las Bases Integradas del Contrato de Supervisión N° 085-2013, que señala: *“Al término de la obra el SUPERVISOR procederá a ejecutar la liquidación final de la obra necesaria y correcta. Tramitará ante el Contratista la entrega de los planos finales actualizados y la memoria descriptiva valorizada”*

Cabe señalar, que el artículo 42 de la Ley de Contrataciones establece que *“Los contratos de bienes y servicios culminan con la conformidad de recepción de la última prestación pactada y el pago correspondiente. Tratándose de contratos de ejecución y*

⁶ *“Como ejemplo de estos eventos puede considerarse la ampliación de plazo de la obra, la resolución del contrato de obra, la aprobación de prestaciones adicionales de obra, entre otros”*.

Dr. Alejandro Alfredo Acosta Alejos

Dr. Ralph Phil Montoya Vega

Dr. Mario Manuel Silva López

consultoría de obras, el contrato culmina con la liquidación y pago correspondiente (...)" (El subrayado es agregado).

En ese sentido, la Entidad señala que si bien el inicio del plazo de ejecución y el inicio de la vigencia de un contrato de supervisión de obra pueden coincidir, ello no significa que concluyan al mismo tiempo pues el plazo de vigencia contractual incluye el periodo correspondiente a la liquidación del contrato y el plazo que dispone la Entidad para el pago de la respectiva contraprestación, la cual es por lo general más amplio que el plazo de ejecución contractual. Siendo así, es innegable que la vigencia del contrato de supervisión se extenderá hasta que se hayan cumplido todas las obligaciones a su cargo vinculadas al contrato de obra, como lo es la liquidación del contrato de obra, que solo podrá practicarse cuando la resolución del contrato de obra se encuentre consentida.

Por lo tanto, manifiesta la Entidad que el contrato de supervisión de obra y el contrato de obra se encuentran directamente vinculados, en la medida que la Supervisión es contratada con la finalidad de controlar los trabajos que realiza el Contratista durante la ejecución de la obra en concordancia con lo establecido en los artículos 190 y 193 del Reglamento, pero que no queda allí sino que se extenderá hasta la recepción de obra como dispone el segundo párrafo del numeral 1) del artículo 210 del Reglamento; y concluirá finalmente con la liquidación de obra.

Desvirtuado el único argumento del demandante, corresponde ahora señalar que la Opinión N° 013-2012/DTN establece que dado que la liquidación es un proceso de cálculo técnico, cuando la Entidad no cuente con personal idóneo para revisar la liquidación presentada por el contratista, o elaborarla si este no la presentó, puede prever en los términos de referencia del servicio de supervisión de obra, la participación del supervisor en la liquidación de la obra como una prestación más del contrato de supervisión, siempre que el costo de ello no supere el límite indicado para el costo de la supervisión, establecido en el primer párrafo del artículo 191 del Reglamento.

No obstante, dicha Opinión manifiesta que *"una decisión similar no podría adoptarse respecto de la liquidación del contrato de supervisión contemplada en el artículo 179 del Reglamento; toda vez que no sería posible que el contrato de supervisión*

*Dr. Alejandro Alfredo Acosta Alejos
Dr. Ralph Phil Montoya Vega
Dr. Mario Manuel Silva López*

contemple como una de sus prestaciones la liquidación de este mismo contrato, en tanto es un principio de cualquier actividad de control que esta la realice una persona distinta a la que se va a controlar, con la finalidad que dicha actividad se realice con objetividad e imparcialidad, evitando conflictos de intereses y, protegiendo de esta manera la neutralidad de la decisión de control y los fondos públicos involucrados”.

En atención a ello, la Entidad señala que, el inicio del procedimiento indicado en el artículo 179° del Reglamento no se produjo con la Carta N° 068-2014/CSM presentada por el Supervisor, ya que resulta inválido que este liquide su propio contrato, más aún si no había culminado todas las obligaciones pactadas en el mismo.

Asimismo, sostiene la entidad que resulta evidente que la liquidación presentada por el demandante es nula al haberse presentado después que el contrato de supervisión ha quedado resuelto. Como se aprecia en autos, mediante Carta Externa N°26544-2014 de fecha 21.08.14 Consorcio Superior Maukayata resolvió el contrato y recién a través de la Carta Externa N° 28649-2014 del 11.12.14 presenta la liquidación de la Supervisión de Obra, cuando a dicha fecha todas las obligaciones de las partes habían quedado sin efecto jurídico.

Debemos recordar que la resolución es un remedio jurídico producido por el acaecimiento de un evento sobrevenido, o un hecho nuevo posterior a la formación del contrato que de algún modo altere las relaciones entre las partes tal como se habían constituido originariamente, de manera que éste no pueda continuar existiendo porque se ha modificado o se ha contravenido de manera absoluta aquella composición de intereses que constituye el contrato, y a la cual las partes han hecho referencia al celebrarlo.

Como consecuencia clara, el contrato ha dejado de existir lo que impide que se reviva una situación jurídica que a la fecha se encuentra extinguida, por lo mismo, el procedimiento de liquidación contemplado en el artículo 179° del Reglamento queda sin ningún efecto legal alguno hasta que se resuelvan las controversias materia del presente arbitraje; pretensión que como reiteramos, también se encuentra supeditada de manera accesoria al consentimiento de la resolución del contrato de obra, pues se efectuará siempre que el Supervisor haya cumplido con liquidar el contrato de obra.

*Dr. Alejandro Alfredo Acosta Alejos
Dr. Ralph Phil Montoya Vega
Dr. Mario Manuel Silva López*

En esa medida, afirma la Entidad que legalmente no puede producirse el consentimiento de la liquidación de obra de un contrato resuelto, y menos aún procede cuando la Municipalidad de Miraflores dentro del plazo de 15 días hábiles establecidos en el artículo 179° del Reglamento y pese a no estar obligada a responder, comunicó a través de la Carta N° 614-2014-SGOP-GOSP/MM de fecha 19.12.14 que la liquidación presentada por la supervisión “no procede”.

Deben tener presente, que el pronunciamiento de la Municipalidad de Miraflores no observa la liquidación, ya que esta se presentó después que el contrato se encontrara resuelto, debiendo adecuarse una vez que la controversia se haya resuelto en sede arbitral.

Sin perjuicio de lo expuesto, el demandante requiere el pago de la suma de S/. 170,273.00 (Ciento setenta mil doscientos setenta y tres con 00/100 Nuevos Soles) por concepto de mayores costos de supervisión, suma que excede el límite legal establecido en el artículo 191° del Reglamento que señala:

“El costo de la supervisión no excederá del diez por ciento (10%) del valor referencial de la obra o del monto vigente del contrato de obra, el que resulte mayor, con excepción de los casos señalados en los párrafos siguientes. Los gastos que genere la inspección no deben superar el cinco por ciento (5%) del valor referencial de la obra o del monto vigente del contrato de obra, el que resulte mayor.

Cuando en los casos distintos a los de adicionales de obra, se produzcan variaciones en el plazo de la obra o variaciones en el ritmo de trabajo de la obra, autorizadas por la Entidad, y siempre que impliquen mayores prestaciones en la supervisión que resulten indispensables para el adecuado control de la obra, el Titular de la Entidad puede autorizarlas, bajo las mismas condiciones del contrato original y hasta por un máximo del quince por ciento (15%) del monto del contrato original de supervisión, considerando para el cálculo todas las prestaciones adicionales previamente autorizadas por este mismo supuesto, así como aquella que se requiere aprobar (...)”

Asimismo, la Entidad menciona que la cláusula tercera del Contrato N° 085-2013 contempló que el monto total del contrato asciende a S/. 150,812.06 (Ciento cincuenta

*Dr. Alejandro Alfredo Acosta Alejos
Dr. Ralph Phil Montoya Vega
Dr. Mario Manuel Silva López*

mil ochocientos doce con 06/100 Nuevos Soles), el cual incluye el costo del servicio, seguros e impuestos; así como todo aquello que sea necesario para la correcta ejecución de la prestación materia del presente contrato.

A la fecha, afirma la Entidad que el servicio de consultoría para la Supervisión de la obra, y las cuatro adendas suscritas con la Entidad dentro del plazo de ejecución de la obra (derivadas de la ampliación de plazo de la contratista) se encuentran canceladas al 100%, como se acreditó en el escrito de fecha 12.02.15. En ese sentido, en el supuesto negado que exista un saldo a favor del demandante, este solo podrá ser por casos distintos a los adicionales de obra por un máximo del 15% del contrato de supervisión, esto es, por S/. 22,621.81 Nuevos Soles.

Bajo ese escenario y teniendo en cuenta que se ha resuelto el contrato de obra por causas imputables al Contratista, por recomendación del Supervisor, es el Contratista quien debe asumir el pago del monto equivalente al de los servicios de supervisión lo que se hará efectivo deduciendo dicho monto de la liquidación del contrato de ejecución de obra, conforme a lo establecido en el Artículo 192 del Reglamento; el mismo que solo podrá efectuarse cuando se declare consentida la resolución del contrato N° 063-2013, sometida actualmente a arbitraje.

Lo dicho, no significa el reconocimiento de costos adicionales incurridos por la Supervisión después del vencimiento del contrato de obra, ya que como reiteramos la Opinión N° 019-2014/DTN considera que la Supervisión tiene por obligación controlar permanente y directamente la ejecución de obra hasta su culminación y participar como miembro del comité de recepción de obra como parte inherente de sus obligaciones en estricta sujeción al artículo 210 del Reglamento, lo que desvirtúa cualquier obligación de la Municipalidad de Miraflores de pagar adicionales por servicios efectuados por la demandante que formen parte de las obligaciones propias de su contratación.

Finalmente, la Entidad señala que otorgar le la razón al Supervisor, se daría cabida a una situación ilegal e irregular en detrimento del presupuesto institucional de la Entidad, favoreciendo un enriquecimiento indebido del demandante, quien pese a no haber culminado sus obligaciones contractuales presentó por sí solo una liquidación de su propio contrato requiriendo conceptos que pertenecen al ámbito de sus

*Dr. Alejandro Alfredo Acosta Alejos
Dr. Ralph Phil Montoya Vega
Dr. Mario Manuel Silva López*

obligaciones y que solo podrán ser analizados y determinados una vez que la resolución del contrato de obra se encuentre consentida y se proceda a la liquidación correspondiente.

POSICION DEL TRIBUNAL

Primero.- La Liquidación consiste en un proceso de cálculo técnico bajo las condiciones normativas y contractuales aplicables al contrato, que tienen por finalidad determinar principalmente, el costo total de la obra y el saldo económico que puede ser a favor o en contra de la Supervisión o de la Entidad.⁷ Para el caso de la Supervisión de obra, su procedimiento se encuentra debidamente detallado en el artículo 179° del Reglamento:

Artículo 179°.- Liquidación del Contrato de Consultoría de Obra

1. El contratista presentará a la Entidad la liquidación del contrato de consultoría de obra dentro de los quince (15) días siguientes de haberse otorgado la conformidad de la última prestación. La Entidad deberá pronunciarse respecto de dicha liquidación y notificar su pronunciamiento dentro de los quince (15) días siguientes de recibida; de no hacerlo, se tendrá por aprobada la liquidación presentada por el contratista.

Si la Entidad observa la liquidación presentada por el contratista, este deberá pronunciarse y notificar su pronunciamiento en el plazo de cinco (5) días de haber recibido la observación; de no hacerlo se tendrá por aprobada la liquidación con las observaciones formuladas por la Entidad. En el caso que el contratista no acoja las observaciones formuladas por la Entidad, deberá manifestarlo por escrito dentro del plazo previsto en el párrafo anterior. En tal supuesto, dentro de los quince (15) días hábiles siguientes, cualquiera de las partes deberá solicitar el sometimiento de esta controversia a conciliación y/o arbitraje, según corresponda, en la forma establecida en los artículos 214 y/o 215.

⁷ Salinas Seminario, Miguel. Costos, Presupuestos, Valorizaciones y Liquidaciones de Obra. Instituto de la Construcción y Gerencia. Lima. Segunda Edición, 2003. Pag. 44

*Dr. Alejandro Alfredo Acosta Alejos
Dr. Ralph Phil Montoya Vega
Dr. Mario Manuel Silva López*

Segundo.- El citado artículo del Reglamento no establece un contenido mínimo o forma que debe observar el documento de liquidación del Supervisor, en ese sentido, éste se encuentra en la libertad de establecer la forma que empleará para elaborar dicho documento, atendiendo a las eventualidades económicas presentadas en la ejecución del contrato, con la única limitación que dicho documento debe determinar con precisión tanto el costo total de la obra, los saldos a favor o en contra de alguna de las partes del contrato y las operaciones que permitirán llegar a dichos resultados.

Las observaciones que pueda plantear una Entidad a la liquidación básicamente deben versar sobre su inconformidad con el contenido de dicha liquidación, es decir, sobre los aspectos económicos consignados por el contratista en el documento de liquidación, mas no en aspectos formales del documento. No obstante, si la Entidad formulara observaciones a la liquidación presentada por el supervisor, en el plazo estipulado en el Reglamento, aún cuando versaran sobre aspectos distintos a los mencionados, deben generar respuesta del contratista, **no pudiendo entenderse consentida la liquidación**. Por el contrario, las observaciones presentadas de forma extemporánea no generarán obligación de respuesta.

Tercero.- Atendiendo a lo expuesto, resulta necesario tener presente las comunicaciones entre las partes respecto a la liquidación final:

- Mediante Carta N° 068-2014/CSM recibida por la Entidad el **11 de diciembre de 2014**, el Supervisor presenta a la Entidad su Liquidación de la Supervisión de la Obra.
- Mediante Carta N° 614-2014-SGOP-GOSP/MM de fecha **19 de diciembre de 2014**, La Entidad le informa al Supervisor que la liquidación final que ha presentado resulta improcedente debido a que en dicha fecha se encontraba en arbitraje la resolución de contrato del supervisor y la resolución de contrato de obra.

Conforme se aprecia, la Entidad cumplió con pronunciarse dentro del plazo establecido en la normativa de contrataciones del Estado, por lo que no puede entenderse que la liquidación se encuentra consentida.

*Dr. Alejandro Alfredo Acosta Alejos
Dr. Ralph Phil Montoya Vega
Dr. Mario Manuel Silva López*

Cuarto.- Sin perjuicio de lo expuesto líneas arriba, para este Tribunal Arbitral, es importante indicar que para iniciar la liquidación de un contrato de Supervisión que ha sido resuelto, es necesario que dicha resolución haya quedado consentida, de esta manera, **el consentimiento de la resolución del contrato constituye un requisito para liquidarlo**, ya que antes de ello no es posible definir, determinar o cuantificar todos los conceptos que deben incluirse en su liquidación.

En ese sentido, dado que la resolución de contrato efectuada por el Supervisor ha sido declarada ineficaz por este Tribunal Arbitral, y que la Entidad procedió con pronunciarse respecto a la Liquidación Final presentada por el Supervisor, dentro del plazo legal correspondiente, no corresponde declarar el consentimiento de la Liquidación Final del Servicio, presentada por el Supervisor mediante Carta N° 068-2014/CSM, recibido el 11 de diciembre del 2014. Por lo que, corresponde declarar infundada la presente pretensión.

PUNTO CONTROVERTIDO RELACIONADO CON LA PRETENSION D) DE LA RECONVENCION

Determinar si corresponde o no declarar el reconocimiento y pago por los daños y perjuicios que se originan como daño emergente, por la demora innecesaria a la solución de las presentes controversias, como el perjuicio causado por gastos de pagos de empresas asesoras para el proceso de conciliación y arbitraje; tal y como lo estipula los artículos 1969 y 1985 del Código Civil, por un monto ascendente a la suma de S/. 55,626.49 (Cincuenta y cinco mil seiscientos veintiséis con 49/100 Nuevos Soles), más los intereses que se generen hasta la fecha de pago.

POSICIÓN DEL SUPERVISOR

El Contratista no ha expuesto en Reconvención los argumentos de hecho y de derecho que fundamenten su pretensión.

*Dr. Alejandro Alfredo Acosta Alejos
Dr. Ralph Phil Montoya Vega
Dr. Mario Manuel Silva López*

POSICION DE LA ENTIDAD

La Entidad sostiene que de acuerdo a lo señalado en el artículo 1317 del Código Civil, el deudor no responde de los daños y perjuicios resultantes de la inejecución de obligaciones, o de su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso por causas no imputables, salvo que lo contrario esté previsto expresamente por la ley o por el título de la obligación.

En el presente caso, se ha demostrado en el cuaderno de obra así como en los demás medios probatorios aportados en autos, que la demora en la recepción de obra no resulta atribuible a mi representada sino a la contratista de obra, quien no levantó las observaciones establecidas en el Acta de Recepción de Observaciones de fecha 22.04.14 por el Comité de Recepción de Obra, del que formó parte el demandante; bajo esa premisa esta pretensión carece de sustento fáctico y legal.

Asimismo, el artículo 214° del RLCE establece que cualquiera de las partes tiene el derecho a solicitar una conciliación dentro del plazo de caducidad previsto en los artículos 144, 170, 175, 176, 177-179, 181, 184, 199, 201, 209, 210, 211 y 212, en concordancia con lo dispuesto en el numeral 52.2 del artículo 52 de la Ley; razón por la cual constituye un derecho de mi representada oponerse a la resolución del contrato comunicada por consorcio superior maukayata, sin que ello signifique un reconocimiento de pago a favor de la otra parte por el tiempo de duración de la controversia.

Ahora bien, el demandante solicita el resarcimiento del daño emergente por *gastos a empresas asesoras durante el proceso de conciliación y arbitraje*, el cual no es otra cosa que la solicitud de pago de costos del proceso, pretensión que no se deriva de la afectación al valor o precio de un bien o cosa como resultado de una supuesta inejecución a cargo de mi representada y que en definitiva solo podrá ser determinada al momento de emitir el Laudo y de acuerdo a la valoración objetiva que el Tribunal realice de los fundamentos de hecho de cada parte.

Contrariamente a lo pretendido, el daño emergente se entiende como la afectación al bien o la propiedad de una persona que ha sido dañada o destruida por otra, y la indemnización debe ser igual al precio del bien afectado o destruido. Por consiguiente,

*Dr. Alejandro Alfredo Acosta Alejos
Dr. Ralph Phil Montoya Vega
Dr. Mario Manuel Silva López*

para poder hablar de responsabilidad civil contractual, es preciso que la parte demandante demuestre el daño que le fuera causada por alguna inejecución a cargo de la Entidad.

Señala además la Entidad que nuestra jurisprudencia establece que para que haya daño contractual resarcible no basta que se incumpla la obligación y que el incumplimiento sea imputado al deudor, sino que éste produzca un perjuicio a quien lo alega (Exp. N° 1026-95-Lima). El perjuicio como condición principal y obligatoria a toda pretensión indemnizatoria, es inexistente en el presente caso, puesto que no se ha acreditado y determinado la causa y el daño con ningún medio probatorio, no siendo suficiente para tal fin, la simple invocación del concepto de indemnización por daños y perjuicios.

De acuerdo a lo expuesto, el demandante no ha cumplido con acreditar de modo fehaciente su pretensión indemnizatoria, a través del ofrecimiento y actuación de los medios probatorios idóneos; no corresponde que solicite el pago de la indemnización por incumplimiento de obligaciones que reclama, pues no está probada la materialización, ni la cuantificación del supuesto daño que alega.

Sobre el particular, el Artículo 188° del Texto Único Ordenado del Código Procesal Civil, refiriéndose a los medios probatorios, establece lo siguiente:

“Artículo 188.- Finalidad.-

Los medios probatorios tienen por finalidad acreditar los hechos expuestos por las partes, producir certeza en el Juez respecto de los puntos controvertidos y fundamentar sus decisiones.”

Agrega el Artículo 200° del precitado Cuerpo Normativo, lo siguiente:

“Artículo 200.- Improbanza de la pretensión.-

Si no se prueban los hechos que sustentan la pretensión, la demanda será declarada infundada.”

Es decir, según los precitados dispositivos legales, desde el punto de vista procesal resulta obligatorio probar los hechos que alegan las partes a través de los medios

*Dr. Alejandro Alfredo Acosta Alejos
Dr. Ralph Phil Montoya Vega
Dr. Mario Manuel Silva López*

probatorios. Por tal motivo, atendiendo que no existe ningún nexo causal que vincule a la Entidad con la pretensión indemnizatoria incoada y al no producir certeza los hechos que sustenta la pretensión, la presente pretensión debe insoslayablemente ser declarada infundada.

POSICION DEL TRIBUNAL

Primero.- El Supervisor ha solicitado el pago de los daños y perjuicios por la demora innecesaria a la solución de las presentes controversias, como el perjuicio causado por gastos de pagos de empresas asesoras para el proceso de conciliación y arbitraje.

Al respecto, el artículo 1331° del Código Civil señala lo siguiente: *“La prueba de los daños y perjuicios y de su cuantía también corresponde al perjudicado por la inejecución de la obligación o por cumplimiento parcial, tardío o defectuoso”.*

Segundo.- Ahora bien, quien tiene la carga de la prueba según el artículo 1331° del Código Civil, es quien afirma que ha sido perjudicado, asimismo, se desprende del mismo artículo que quien solicita una indemnización debe probarlo. En ese sentido, corresponde a quien sostiene haber sufrido un daño la carga de probar el daño, su cuantía y el nexo causal que debe existir entre la conducta antijurídica y el daño sufrido.

Tercero.- De los medios probatorios aportados el demandado se evidencia que no ha cumplido con su deber de acreditar de manera suficiente los daños y perjuicios reclamados de tal manera que generen certeza en el juzgador.

Por lo tanto, no habiendo la parte demandada cumplido, con acreditar los daños y perjuicios cuya indemnización solicita de manera suficiente de forma tal, que genere la convicción, corresponde declarar improcedente esta pretensión.

**PUNTO CONTROVERTIDO GENERAL RELACIONADO CON LA PRETENSIÓN C)
DE LA RECONVENCIÓN Y LA PRETENSIÓN ACCESORIA A LA PRETENSIÓN
PRINCIPAL DE LA DEMANDA**

Dr. Alejandro Alfredo Acosta Alejos
Dr. Ralph Phil Montoya Vega
Dr. Mario Manuel Silva López

Determinar el modo en el que las partes, deberán asumir los costos y gastos arbitrales.

POSICION DEL SUPERVISOR

El Supervisor no ha cumplido con expresar sus fundamentos en la Reconvención que amparen su pretensión.

POSICIÓN DE LA ENTIDAD

Conforme a lo expresado en la Demanda, la Entidad señala que el Supervisor ha dividido la misma causal en dos pretensiones exigiendo un doble pago por costos arbitrales, que se configura dentro del supuesto de enriquecimiento sin causa o enriquecimiento ilícito, al amparo de lo señalado en el artículo 1954 del Código Civil.

Señala que el Código Civil reconoce que la acción por enriquecimiento sin causa, constituye un *"mecanismo de tutela para aquel que se ha visto perjudicado por el desplazamiento de todo o parte de su patrimonio en beneficio de otro. El primero, será el actor o sujeto tutelado y, el segundo, el demandado o sujeto responsable (...)."*⁸

Así, la doctrina reconoce que es necesario que se verifiquen las siguientes condiciones: *"a) el enriquecimiento del sujeto demandado y el empobrecimiento del actor; b) la existencia de un nexo de conexión entre ambos eventos; y c) la falta de una causa que justifique el enriquecimiento."*⁹

En la Opinión N° 042-2010/DTN se establece que el enriquecimiento sin causa en el marco de las contrataciones estatales ha sido dictado por el Tribunal de Contrataciones del Estado, mediante la Resolución N° 176/2004.TC-SU, que establecido lo siguiente: *"(..) nos encontramos frente a una situación de hecho, en la*

⁸ PAREDES CARRANZA, Milagros. La inexistencia de contrato y la acción por enriquecimiento sin causa, *JUS Doctrina & Práctica* 7/2008, Lima: Editora Jurídica Grijley, Pag. 485.

⁹ Ídem.

*Dr. Alejandro Alfredo Acosta Alejos
Dr. Ralph Phil Montoya Vega
Dr. Mario Manuel Silva López*

que ha habido – aún sin contrato válido – un conjunto de prestaciones de una parte debidamente aceptadas - y utilizadas por la otra, hecho que no puede ser soslayado para efectos civiles. En este sentido, cabe señalar que, conforme al artículo 1954° del Código Civil, el ordenamiento jurídico nacional no ampara en modo alguno el enriquecimiento sin causa. En efecto, no habiéndose suscrito el contrato correspondiente, no ha existido fundamento legal ni causa justa para dicha atribución patrimonial que sustente el enriquecimiento indebido en el que ha incurrido la Entidad, circunstancias que deberá ser ventilada por las partes en la vía correspondiente.”

Por estas consideraciones, la Entidad manifiesta que la presente pretensión se declare infundada.

POSICIÓN DEL TRIBUNAL

Primero.- El numeral 1) del artículo 72° del Decreto Legislativo N° 1071 dispone que los árbitros se pronunciarán 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 los árbitros deben tener presente, de ser el caso, lo pactado en el convenio arbitral; además, tal norma 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 árbitros podrán distribuir y prorratear estos costos entre las partes, si estiman que el prorrateo es razonable, teniendo en cuenta las circunstancias del caso.

Segundo.- En el presente caso no se ha establecido pacto alguno acerca de los costos y costas del arbitraje. Atendiendo a esta situación, corresponde que el Tribunal Arbitral se pronuncie sobre este tema de manera discrecional sobre dicho aspecto atendiendo a la conducta procesal de las partes y las normas que regulen dicho supuesto en el ordenamiento jurídico.

Tercero.- Al respecto, bajo el mismo razonamiento y línea interpretativa, siendo legítima la controversia entre las partes, ambas deben asumir los costos del proceso arbitral en las partes proporcionales que les fueran ordenadas mediante las resoluciones respectivas de pago. Asimismo, en tanto las costas obedecen a la propia diligencia de las partes para enfrentar las controversias con una adecuada defensa legal, ambas son responsables de las costas que hayan asumido para dicho fin.

*Dr. Alejandro Alfredo Acosta Alejos
Dr. Ralph Phil Montoya Vega
Dr. Mario Manuel Silva López*

En ese sentido, este Tribunal Arbitral considera que ambas partes asuman los pagos y conceptos de gastos arbitrales correspondientes.

DECISIÓN.-

Finalmente, el Tribunal Arbitral 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 a las reglas de la sana crítica y al principio de libre valoración de la prueba; siendo que, el sentido de su Decisión es el resultado de ese 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 también presente durante la tramitación de todo este proceso arbitral y en las expediciones de este laudo, los principios que orientan y ordenan el proceso arbitral y que han sido consignados en el Acta de Instalación de Tribunal Arbitral.

En atención a ello y siendo que el Tribunal Arbitral no representa los intereses de ninguna de las partes y ejerce el cargo con estricta imparcialidad y absoluta discrecionalidad, así como que en el desempeño de sus funciones ha tenido plena independencia y no ha estado sometidos a orden, disposición o autoridad que menoscabe sus atribuciones, gozando del secreto profesional; por lo que habiéndose agotado todas las etapas del proceso y no existiendo pretensión por analizar, el Tribunal Arbitral en Mayoría **LAUDA EN DERECHO** de la siguiente manera:

PRIMERO: IMPROCEDENTE la excepción de oscuridad y ambigüedad formulada por la Municipalidad Distrital de Miraflores contra las pretensiones A) y B) de la Reconvención.

SEGUNDO: INFUNDADA la excepción de oscuridad y ambigüedad formulada por la Municipalidad Distrital de Miraflores contra las pretensiones C) y D) de la Reconvención.

TERCERO: FUNDADA la primera pretensión de la demanda formulada por la Municipalidad Distrital de Miraflores.

*Laudo Arbitral de Derecho
Tribunal Arbitral:*


*Dr. Alejandro Alfredo Acosta Alejos
Dr. Ralph Phil Montoya Vega
Dr. Mario Manuel Silva López*

CUARTO: IMPROCEDENTE la pretensión D) de la Reconvención formulada por el Consorcio Supervisor Maukayata.

QUINTO: INFUNDADA la pretensión E) de la acumulación de la reconvención formulada por el Consorcio Supervisor Maukayata.

SEXTO: DISPÓNGASE en relación a los costos arbitrales, que ambas partes asuman en forma proporcional los costos arbitrales decretados, así como cualquier otro generado por la tramitación del presente arbitraje.


SEPTIMO: REMÍTASE un ejemplar del presente Laudo Arbitral a la Dirección de Arbitraje Administrativo del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado – OSCE.



ALEJANDRO ALFREDO ACOSTA ALEJOS
Presidente del Tribunal Arbitral



RALPH PHIL MONTOYA VEGA
Árbitro



MAYCKOL ERNESTO BETETA DÍAZ
Secretario Arbitral

420

Caso Arbitral: Municipalidad Distrital de Miraflores – Consorcio Supervisor Maukayata
Contrato de Obra N° 085-2013, para la contratación del "Servicio de Consultoría para la Supervisión de Obra:
Mejoramiento de la Infraestructura vial de la Av. Larco, distrito de Miraflores – Lima - Lima".

Lima, 11 de agosto de 2016

Señores

MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE MIRAFLORES

Av. Larco N° 400

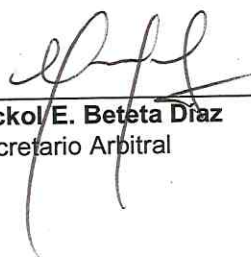
MIRAFLORES.-

Referencia: **Caso Arbitral seguido por Municipalidad Distrital de Miraflores contra el
Consorcio Supervisor Maukayata**

De mi consideración:

Por la presente, cumplo con notificar el Voto Singular emitido por el Árbitro Mario Manuel Silva
López, de fojas 11, para su conocimiento y cumplimiento.

Atentamente,



Mayckol E. Beteta Díaz
Secretario Arbitral



CARTA EXTERNA Nro.
24203 - 2016
Secretaría General

Solicitante : BETETA DIAZ MAYCKOL ERNES
Asunto : notifica el voto singular
Folios : 12
Observaciones :



Registrado por: ELIVIA el 12-08-2016 13:41:54
U. Organica : ADMINISTRACION DOCUMENTARIA

Sede del Tribunal: Avenida Arequipa N° 1295 Oficina N° 601, Santa Beatriz
Teléfono: 953947146/ #953947146
Email: mayckolbd09@gmail.com

VOTO SINGULAR DEL DOCTOR MARIO MANUEL SILVA LÓPEZ

En Lima, con fecha 09 de agosto de 2016, en la sede del Tribunal Arbitral, el doctor Mario Manuel Silva López emite un Voto Singular en torno a la primera pretensión de la Demanda y la pretensión E) de la Acumulación de Reconvención.

ANALISIS DE LA PRIMERA PRETENSION DE LA DEMANDA

Determinar si corresponde o no declarar la Nulidad y/o Ineficacia de la Resolución de Contrato N° 085-2013 efectuada por el Contratista mediante Carta Externa N° 26544-2014, de fecha 21 de agosto del 2014.

El artículo 167 del Reglamento establece la facultad de cualquiera de las partes para poner fin al contrato suscrito, sin embargo para que proceda la resolución de contrato deben concurrir determinadas causales y procedimientos que se encuentran regulados en los artículos 168 y 169 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, en donde se establece lo siguiente:

Artículo 168.- Causales de resolución por incumplimiento

La Entidad podrá resolver el contrato, de conformidad con el inciso c) del artículo 40° de la Ley, en los casos en que el contratista:

- 1. Incumpla injustificadamente obligaciones contractuales, legales o reglamentarias a su cargo, pese a haber sido requerido para ello.*
- 2. 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*
- 3. Paralice o reduzca injustificadamente la ejecución de la prestación, pese a haber sido requerido para corregir tal situación.*

El contratista podrá solicitar la resolución del contrato, de conformidad con el inciso c) del artículo 40° de la Ley, en los casos en que la Entidad incumpla injustificadamente sus obligaciones esenciales, las mismas que se contemplan en las Bases o en el contrato, pese a haber sido requerido conforme al procedimiento establecido en el artículo 169°.

Artículo 169.- Procedimiento de resolución de Contrato

Si alguna de las partes falta al cumplimiento de sus obligaciones, la parte perjudicada deberá requerirla mediante carta notarial para que las satisfaga en un plazo no mayor a cinco (5) días, bajo apercibimiento de resolver el contrato.

Dependiendo del monto contractual y de la complejidad, envergadura o sofisticación de la contratación, la Entidad puede establecer plazos mayores, pero en ningún caso mayor a quince (15) días, plazo este último que se otorgará necesariamente en el caso de obras. Si vencido dicho plazo el incumplimiento continúa, la parte perjudicada resolverá el contrato en forma total o parcial, comunicando mediante carta notarial la decisión de resolver el contrato.

No será necesario efectuar un requerimiento previo cuando la resolución del contrato se deba a la acumulación del monto máximo de penalidad por mora, o por otras penalidades, o cuando la situación de incumplimiento no pueda ser revertida. En este caso, bastará comunicar al contratista mediante carta notarial la decisión de resolver el contrato.

La resolución parcial sólo involucrará a aquella parte del contrato afectada por el incumplimiento y siempre que dicha parte sea separable e independiente del resto de las obligaciones contractuales, y que la resolución total del contrato pudiera afectar los intereses de la Entidad. En tal sentido, el requerimiento que se efectúe deberá precisar con claridad qué parte del contrato quedaría resuelta si persistiera el incumplimiento.

De no hacerse tal precisión, se entenderá que la resolución será total en caso de persistir el incumplimiento.

De lo expuesto, se aprecia que todo contrato suscrito bajo el ámbito de la normativa de Contrataciones del Estado puede resolverse por el incumplimiento de las obligaciones del contratista o por el incumplimiento de las **obligaciones esenciales** de la Entidad. En este último caso, el Supervisor puede resolver el contrato cuando el incumplimiento de la Entidad implique la inobservancia de alguna de sus obligaciones esenciales, las

mismas que deben estar contenidas en las Bases o en el Contrato y debe seguir el procedimiento establecido en el artículo 169 del Reglamento.

En el presente caso, para determinar si la resolución del Contrato efectuada por el Supervisor es nula y/o ineficaz, resulta necesario revisar la causal del apercibimiento y la resolución de contrato que ha invocado el Supervisor:

Así, debe indicarse que, una vez perfeccionado un contrato, el contratista se obliga a ejecutar las prestaciones pactadas a favor de la Entidad de conformidad con las disposiciones contractuales; por su parte, la Entidad se compromete a pagar al contratista la contraprestación correspondiente, en la forma y oportunidad establecidas en el contrato.

De esta manera, el cumplimiento recíproco y oportuno de las prestaciones pactadas por las partes es la situación esperada en el ámbito de la contratación estatal; sin embargo, dicha situación no siempre se verifica durante la ejecución del contrato, pues alguna de las partes podría incumplir parcial o totalmente sus obligaciones, o verse imposibilitada de cumplirlas.

Ante tal eventualidad, la normativa de contrataciones del Estado ha previsto la posibilidad de resolver¹ el contrato, cuando resulte imposible ejecutar las prestaciones pactadas, o como paliativo ante el incumplimiento de estas.

En ese orden de ideas, tenemos que mediante Carta Notarial N° 001-2014-CSM, recibida por la Entidad el 13 de agosto de 2014, el Supervisor remite su apercibimiento de resolución de contrato, requiriéndole el cumplimiento del reconocimiento y pago de las prestaciones en un plazo mayor al pactado en el contrato, por causas imputables a la Entidad, por el monto ascendente a la suma de S/. 150,000.00 soles, otorgándole para ello el plazo de 01 día calendario, tal como se aprecia:

¹ A mayor abundamiento, García de Enterría precisa que la resolución "(...) es una forma de extinción anticipada del contrato actuada facultativamente por una de las partes, cuya función consiste en salvaguardar su interés contractual como defensa frente al riesgo de que quede frustrado por la conducta de la otra parte". (El resaltado es agregado). En *Curso de Derecho Administrativo I*, reimpresión 2001, Madrid: Civitas, 2001, Pág. 750.

Carta Notarial N°001-2014 - CSM Subgerencia de Obras Públicas

Lima 11 de agosto de 2014

13 AGO 2014
RECIBIDO
Hora: Firma: *[Firma]*

NOTARIA HIGA NAKAMURA
CARTAS NOTARIALES
Número 39916
Fecha 12.8.14
Hora 12:37

MUNICIPALIDAD DE MIRAFLORES

Señores:
Municipalidad Distrital de Miraflores
Presente.

Atención : **Att.: Ing. Pedro Dante Abrill Roncal**
Subgerencia de Obras Públicas
QU. LARCO N° 400
Referencia : **A.M.C. N°038-2013-CE/MM**
Supervisión de la Ejecución de la Obra: Mejoramiento de la
Infraestructura Vial de la Av. José Larco - Miraflores Lima - Lima"
Asunto : **Apercibimiento de Resolución de Contrato de Consultoría de Obra**

Estimados señores:

Es grato dirigirnos a Ustedes, a fin de requerirles el cumplimiento de sus obligaciones contractuales, las que les manifestamos son necesarias su atención, para poder cumplir con las metas del proyecto.

1.- El reconocimiento y pago de las prestaciones en un plazo mayor al pactado en el contrato, por causas imputables al Contratista, por el monto ascendente a la suma de S/150,000.00 (Ciento cincuenta mil y 00/100 Nuevos Soles).

Sin otro particular, a la espera de que en el plazo de 01 días calendarios, se dé cumplimiento a sus obligaciones contractuales, a fin de no vernos obligados a tener que resolver el contrato de pleno derecho, en forma total, al amparo del artículo 169°, del D.S. N°184-2008-EF Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, nos reiteramos de ustedes.

Atentamente.

[Firma]
Consortio Supervisor Maukayata

CARTA EXTERNA No
25659-2014
Secretaría General
Solicitante : CONSORCIO MAUKAYATA
Asunto : CARTA NOTARIAL/APERCIBIMIENTO DE
Folios : 1

En efecto, conforme se aprecia de la referida carta, se puede apreciar que ésta si ha cumplido con los requisitos fundamentales que dispone el artículo 169° del Reglamento: i) vía notarial, ii) expresar el incumplimiento por parte de la Entidad y iii) otorgarle un plazo de 1 a 5 días calendarios; no habiendo más requisitos de validez que exija la norma.

Posteriormente, mediante Carta Notarial N° 002-CSM, recibida por la Entidad el 21 de agosto de 2014, el Supervisor procedió a resolver el contrato señalando que el requerimiento efectuado en la carta de apercibimiento, no ha sido atendido, conforme se puede verificar a continuación:

20

Lima 19 de agosto de 2014

Presente.-

CESAR AUGUSTO CARPIO VALDE
 ABOGADO NOTARIO DE LIMA
 Av. Diagonal 389 Of. 205 Miraflores. Lima
 Recibido 21-08-14 Hora 9:08am
 Carta N° 48174

Atención : **Att.: Ing. Pedro Dante Abrill Roncal**
Subgerencia de Obras Públicas
 Referencia : A.M.C. N°038-2013-CE/MM
 Supervisión de la Ejecución de la Obra: Mejoramiento de la
Infraestructura Vial de la Av. José Larco - Miraflores Lima - Lima
AV. LARCO N° 400 - MIRAFLORES
 Asunto : Resolución de Contrato de Consultoría de Obra

MUNICIPALIDAD DE
 Subgerencia de Ob
 21 AGO
 RECIB

Estimados señores:

Es grato dirigirnos a Ustedes, a fin de manifestarles que habiendo nuestra representada cumplido con hacerles el apercibimiento estipulado en el Artículo 169°, del D.S. N°184-2008-EF, Reglamento de Contrataciones del Estado, para que resuelvan todos los incumplimientos señalados en nuestra carta de la referencia, los cuales **no han sido atendidos** por su representada, por lo que por el presente nos vemos obligados a **RESOLVER EL CONTRATO DE PLENO DERECHO EN FORMA TOTAL**.

Como consecuencia del párrafo anterior y de acuerdo a lo estipulado en el Artículo 209°, del D.S. N°184-2008-EF, Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, señalamos el día 27 de agosto del 2014, a horas 10:00 a.m., el momento en que se realizara el Acto de la Constatación Física e Inventario de la Obra, el mismo que comenzara en la av. José Larco N° 1200, Distrito de Miraflores Provincia y Departamento de Lima.

Sin otro particular, nos reiteramos de ustedes.

Cordialmente,

MUNICIPALIDAD DE MIRAFLORES
 INGRESADO
 EL ABOGADO CARPIO VALDE

[Firma manuscrita]
 Consorcio Supervisor Maukayat

CARTA EXTERNA N°

el

En efecto, de la revisión de la referida carta resolutoria, se observa que esta cumple con los requisitos de validez dispuestos en el artículo 169° del Reglamento: i) notificada vía notarial ii) señalar la fecha de constatación física, no exigiendo mayores requisitos de validez.

Cabe precisar además que, el Supervisor en su contestación de demanda señala que el motivo de la causal de resolución de contrato es que la Entidad no cumplió con el pago de las prestaciones por el exceso del plazo contractual por el monto ascendente a la suma de S/. 150,000.00 soles.

[Firma manuscrita]

Atendiendo a que el Supervisor señala que la causal de su resolución del contrato es por incumplimiento de pago de prestaciones por parte de la Entidad por el monto ascendente a la suma de S/. 150,000.00 soles, es preciso resaltar lo siguiente:

- La normativa de contrataciones del Estado busca limitar la potestad resolutoria del contratista a solo aquellos casos en que la Entidad incumpla con sus obligaciones esenciales, con la finalidad de promover la continuidad de la ejecución del contrato y, en consecuencia, satisfacer el interés público involucrado con la contratación.²
- El pago constituye una obligación esencial de la Entidad.

Ahora bien, el contrato suscrito por las partes establece el procedimiento que debe seguir el contratista para solicitar el pago de sus prestaciones:

CLÁUSULA CUARTA: DEL PAGO

LA MUNICIPALIDAD se obliga a pagar la contraprestación a **EL CONTRATISTA** en Nuevos Soles, en pagos periódicos, luego de la recepción formal y completa de la documentación correspondiente, según lo establecido en el artículo 181 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

Para tal efecto, el responsable de otorgar la conformidad de la prestación deberá hacerlo en un plazo que no excederá de los diez (10) días calendario de ser estos recibidos.

LA MUNICIPALIDAD debe efectuar el pago dentro de los quince (15) días calendario siguiente al otorgamiento de la conformidad respectiva, siempre que se verifiquen las demás condiciones establecidas en el contrato.

En caso de retraso en el pago, **EL CONTRATISTA** tendrá derecho al pago de intereses conforme a lo establecido en el artículo 48 de la Ley de Contrataciones del Estado, contado desde la oportunidad en el que el pago debió efectuarse.

Asimismo, debe tenerse presente lo estipulado en las bases:

2.7 Forma de pago

La Entidad deberá realizar el pago de la contraprestación pactada a favor del contratista en pagos parciales con la conformidad del área usuaria.

De acuerdo con el Artículo 176 del Reglamento, para efectos del pago de las contraprestaciones ejecutadas por el contratista, la Entidad deberá contar con la siguiente documentación:

- *Recepción y conformidad*

² Opinión del Osce N° 27-2014/DTN

- Informe del funcionario responsable del área usuaria emitiendo su conformidad de la prestación efectuada, cuando corresponda.
- Comprobante de pago.

2.8 Plazo para el pago

La Entidad debe efectuar el pago dentro de los quince (15) días calendarios siguientes al otorgamiento de la conformidad respectiva, siempre que se verifiquen las demás condiciones establecidas en el contrato.

En virtud de ello, el Supervisor requirió a la Entidad la documentación correspondiente a los servicios que ha prestado por el monto ascendente a la suma de S/. 150,000.00 soles, que es el monto que señala que no le ha sido pagado.

Al respecto, de la revisión de los medios probatorios aportados por las partes, se constata la presentación de los documentos que resultan suficientes para acreditar que efectivamente la Entidad le adeudaba al Supervisor el monto que señala en su apercibimiento de resolución de contrato.

En ese contexto, de acuerdo con la revisión de los documentos que obran en autos, concluye que el Supervisor ha cumplido con la formalidad y el procedimiento dispuesto en el artículo 169° del Reglamento, en consecuencia no existe causal de nulidad de la resolución de contrato hecha por el Supervisor, en cuyo efecto esta debe ser declarada como válida.

Respecto a la carga de la prueba, Eduardo Couture señala que:

"(. ..) Carga de la prueba quiere decir, en primer término, en su sentido estrictamente procesal, conducta impuesta a uno o a ambos litigantes, para que acrediten la verdad de los hechos enunciados por ello. La ley distribuye por anticipado entre uno y otro litigante la fatiga probatoria. Textos expresos señalan al actor y al demandado las circunstancias que han de probar, tendiendo en consideración sus diversas proposiciones formuladas en el juicio.

Pero en segundo término, casi siempre en forma implícita porque no abundan los textos expresos que lo afirmen, la ley crea al litigante la situación embarazosa de no creer sus afirmaciones, en caso d no ser robadas. El

litigante puede desprenderse de esa peligrosa suposición si demuestra la verdad de aquellas"³

Como señala el profesor Canelo, "Con la prueba se persigue la justificación de la verdad de los hechos controvertidos en un juicio, por los medios que autoriza y reconoce por eficaces la ley".⁴

La carga de la prueba no supone ningún derecho del adversario, sino un imperativo del propio interés de cada parte, es una circunstancia de riesgo que consiste en que quien no prueba los hechos que ha de probar pierde el pleito.

Teniendo en consideración los párrafos precedentes, este Árbitro tiene la convicción que la resolución de contrato efectuada por el Supervisor no ostenta ningún vicio de nulidad y por ende resulta válida y eficaz⁵, en ese sentido, corresponde declarar infundada la pretensión formulada por la Entidad.

ANALISIS DEL PUNTO CONTROVERTIDO RELACIONADO CON LA PRETENSION E) DE LA ACUMULACION DE LA RECONVENCION

Determinar si corresponde o no declarar el consentimiento de la Liquidación Final del Servicio, presentada con Carta N° 068-2014/CSM, recibido el 11 de diciembre del 2014, al amparo del artículo 179 del D.S N° 184-2008-EF, modificado por el D.S. N° 138-2012-EF Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado; en consecuencia, se reconozca y ordene el pago del saldo a favor por el monto ascendente a la suma de S/.170,273.00 (Ciento setenta mil doscientos setenta y tres con 00/100 Nuevos Soles) Nuevos Soles, más los intereses que se generen hasta la fecha de pago.

En atención a la controversia relacionada con el consentimiento de la Liquidación Final del Servicio de Consultoría de obra presentado por el Supervisor, es menester señalar en primer lugar que la Liquidación consiste en un proceso de cálculo técnico bajo las condiciones normativas y contractuales aplicables al contrato, que tienen por finalidad

³ Couture, Eduardo: Fundamentos del Derecho Procesal, Ediciones Desalma, Buenos Aires 1964

⁴Canelo Rabanal, R. Comentario al artículo 188 del Código Procesal Civil n Código Procesal Civil Comentado. Tomo 11,1° Edición. Editorial Adrus. Arequipa, Junio 2010. P. 36.

⁵ Es más, cabe precisar que mediante escrito de fecha 19 de febrero de 2016, el Supervisor procedió a desistirse de su pretensión referida a la validez de la resolución de contrato efectuada por esta.

determinar principalmente, el costo total de la obra y el saldo económico que puede ser a favor o en contra de la Supervisión o de la Entidad.⁶

Para el caso de la Supervisión de obra, su procedimiento se encuentra debidamente detallado en el artículo 179° del Reglamento:

Artículo 179°.- Liquidación del Contrato de Consultoría de Obra

1. El contratista presentará a la Entidad la liquidación del contrato de consultoría de obra dentro de los quince (15) días siguientes de haberse otorgado la conformidad de la última prestación. La Entidad deberá pronunciarse respecto de dicha liquidación y notificar su pronunciamiento dentro de los quince (15) días siguientes de recibida; de no hacerlo, se tendrá por aprobada la liquidación presentada por el contratista.

Si la Entidad observa la liquidación presentada por el contratista, este deberá pronunciarse y notificar su pronunciamiento en el plazo de cinco (5) días de haber recibido la observación; de no hacerlo se tendrá por aprobada la liquidación con las observaciones formuladas por la Entidad.

En el caso que el contratista no acoja las observaciones formuladas por la Entidad, deberá manifestarlo por escrito dentro del plazo previsto en el párrafo anterior. En tal supuesto, dentro de los quince (15) días hábiles siguientes, cualquiera de las partes deberá solicitar el sometimiento de esta controversia a conciliación y/o arbitraje, según corresponda, en la forma establecida en los artículos 214 y/o 215.

Del citado artículo del Reglamento, y de acuerdo a los hechos manifestados por las partes y los medios probatorios presentados en el proceso, se puede evidenciar lo siguiente:

- Con fecha 11.12.2014, el Supervisor presentó a la Entidad la liquidación del servicio de consultoría de obra mediante la Carta N° 068-2014/CSM.

⁶ Salinas Seminario, Miguel. Costos, Presupuestos, Valorizaciones y Liquidaciones de Obra. Instituto de la Construcción y Gerencia. Lima. Segunda Edición, 2003. Pág. 44

- Posteriormente, la Entidad mediante Carta N° 614-2014-SGOP-GOSP/MM de fecha 19.12.14 indicó que la liquidación presentada por la supervisión “No Procede”, no cumpliendo con observar la liquidación del supervisor.
- Finalmente, mediante Carta N° 001-2015-CSM recibido por la Entidad el 05.01.2015, el Supervisor manifiesta que su liquidación ha quedado consentida.

Al respecto, se debe precisar que el Supervisor cumplió con presentar su liquidación de servicio, sin embargo, respecto al cuestionamiento de la liquidación por parte de la Entidad mediante Carta N° 614-2014-SGOP-GOSP/MM, resulta necesario resaltar que las observaciones que pueda plantear una Entidad a la liquidación no solo deben versar sobre su “inconformidad” con el contenido de dicha liquidación, es decir, sobre los aspectos económicos consignados por el contratista en el documento de liquidación, sino además sobre los aspectos formales del documento.

Ahora bien, con respecto a lo afirmado por la Entidad que no procede la Liquidación Final de Obra, mientras existan controversias pendientes de resolver; se debe señalar que dicho supuesto de hecho se encuentra contemplado en el Artículo 211°, del D.S. N°184-2008-EF modificado por el D.S. N°138°-2012-EF, Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado; referido al caso **exclusivamente de obras mas no de servicios de consultoría o supervisión**; en ese sentido, corresponde aplicarse en el presente caso, el Artículo 179°, el cual no prohíbe la práctica de la Liquidación Final del Servicio, mientras existan controversias pendientes de resolver.

En ese sentido, dado que la resolución de contrato efectuada por el Supervisor es válida y que la Entidad no observó a la Liquidación Final presentada por el Supervisor, de manera correcta dentro del plazo legal correspondiente, corresponde declarar el consentimiento de la Liquidación Final del Servicio, presentada por el Supervisor mediante Carta N° 068-2014/CSM, recibido el 11 de diciembre del 2014, por lo que en base a estas consideraciones, corresponde declarar fundada la presente pretensión.

En consecuencia, el árbitro que suscribe el presente documento emite el siguiente **VOTO SINGULAR:**

PRIMERO: IMPROCEDENTE la excepción de oscuridad y ambigüedad formulada por la Municipalidad Distrital de Miraflores contra las pretensiones A) y B) de la Reconvención.

SEGUNDO: INFUNDADA la excepción de oscuridad y ambigüedad formulada por la Municipalidad Distrital de Miraflores contra las pretensiones C) y D) de la Reconvención.

TERCERO: INFUNDADA la primera pretensión de la demanda formulada por la Municipalidad Distrital de Miraflores.

CUARTO: IMPROCEDENTE la pretensión D) de la Reconvención formulada por el Consorcio Supervisor Maukayata.

QUINTO: FUNDADA la pretensión E) de la acumulación de la reconvención formulada por el Consorcio Supervisor Maukayata.

SEXTO: DISPÓNGASE en relación a los costos arbitrales, que ambas partes asuman en forma proporcional los costos arbitrales decretados, así como cualquier otro generado por la tramitación del presente arbitraje.



MARIO MANUEL SILVA LÓPEZ
Árbitro



MAYCKOL ERNESTO BETETA DÍAZ
Secretario Arbitral