

Dr. Carlos Alberto Matheus López.

Lima, 17 de julio de 2014

LAUDO ARBITRAL DE DERECHO

Demandante:

Consorcio Machac (integrado por las empresas JZ Inversiones S.A.C. y por Inversiones DD & J S.A.C.)

En adelante el **Contratista** o la **Demandante..**

Demandado:

Municipalidad Distrital de Chavín de Huántar.

En adelante la **Entidad** o la **Demandada.**

Árbitro Único:

Carlos Alberto Matheus López.

Secretaria Arbitral:

Elizabeth Karem Ramos Lara.

RESOLUCIÓN N° 80

Lima, 17 de julio de 2014.-

VISTOS:

I. ANTECEDENTES

Con fecha 10 de agosto de 2010, se suscribió el Contrato N° 043-2010-MDCHH/GM¹ derivado de la Licitación Pública N° 02-2010-MDCHH/CE (PRIMERA CONVOCATORIA), para la Elaboración del Expediente Técnico y Ejecución de Obra denominada: "*Construcción y Equipamiento del Puesto de Salud de Machac, Microred Chavín de Huántar, Red Conchucos Sur, Distrito de Chavín de Huántar – Huari – Ancash*", entre el Consorcio Machac y la Municipalidad Distrital de Chavín de Huántar.

1. La Cláusula Trigésimo Cuarta del Contrato establece lo siguiente:

¹ Ver el Medio Probatorio "1)" del escrito de Demanda de fecha 30 de enero de 2012.

"Cualquiera de las partes tiene el derecho a iniciar el arbitraje administrativo a fin de resolver las controversias que se presenten durante la etapa de ejecución contractual dentro del plazo de caducidad previsto en los artículos 144º, 170º, 175º, 199º, 201º, 209º, 210º y 211º del Reglamento en su defecto, en el artículo 52º de la Ley.

(...)

El Laudo Arbitral emitido es definitivo e inapelable, tiene el valor de cosas juzgada y se ejecuta como una sentencia."

Como consecuencia de las controversias relacionadas con la Resolución del presente Contrato realizada por ambas partes, el Contratista procedió a remitir la correspondiente solicitud de arbitraje, en aplicación del convenio arbitral contenido en la citada Cláusula Trigésimo Cuarta del Contrato.

Por otro lado, en el numeral 3) del Acta de Instalación de Árbitro Único, se dispuso que en virtud a lo establecido en el Artículo 52º de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado mediante el Decreto Legislativo Nº 1017, el presente arbitraje será Nacional y de Derecho.

Asimismo, en el convenio arbitral se pactó que el laudo del presente proceso será vinculante para las partes, siendo definitivo e inapelable, tiene el valor de cosa juzgada y se ejecuta como una sentencia².

II. DESARROLLO DEL PROCESO

A. Actuación Preliminar del Árbitro Único

1. Con fecha 10 de enero de 2012, a las 12:00 horas, se llevó a cabo la Audiencia de Instalación de Árbitro Único en la sede institucional del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado – OSCE, donde se reunieron el Dr. Carlos Alberto Matheus López, en su calidad de Árbitro Único; conjuntamente con la Dra. Fabiola Paulet Monteagudo, Directora de la Dirección de Arbitraje Administrativo del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado –

² Ver Clausula Trigésimo Cuarta del Contrato, ubicado en el Medio Probatorio "1)" del escrito de Demanda de fecha 30 de enero de 2012.

lf.

E.

OSCE, con el propósito de instalar el Tribunal Arbitral Unipersonal que se encargaría de resolver la presente controversia.

2. Con fecha 30 de enero de 2012, el Consorcio Machac presentó su escrito de demanda, el mismo que fue proveído mediante Resolución N° 02 de fecha 31 de enero de 2012. Mediante esta Resolución, el Árbitro Único tuvo por presentada la demanda arbitral, pero requirió al Consorcio Machac, a fin de que en un plazo de tres (3) días hábiles cumpla con precisar cuál es el monto a pagar producto de la liquidación final calculada a la fecha en qué se efectuó la constatación física e inventario.
3. Con fecha 08 de febrero de 2012, el Consorcio Machac, dentro del término establecido, cumplió con precisar la información solicitada; razón por la cual, mediante Resolución N° 03 de fecha 09 de febrero de 2012, contando con toda la información, se admitió a trámite el escrito de demanda arbitral presentado por el Consorcio Machac con fecha 30 de enero de 2012, complementado mediante escrito de fecha 08 de febrero de 2012; en consecuencia, se corrió traslado de dichos escritos a la Municipalidad Distrital de Chavín de Huántar, a fin de que en el plazo de quince (15) días hábiles de notificada cumpla con contestarla y, de considerarlo conveniente, formule reconvencción.
4. Con fecha 09 de marzo de 2012, y dentro del plazo concedido para ello, la Municipalidad de Chavín de Huántar contestó la demanda -negándola en todos sus extremos y solicitando que la misma sea declarada infundada- y presentó reconvencción. Dicho escrito fue proveído mediante Resolución N° 08 de fecha 13 de marzo de 2012, a través de la cual, se procedió a admitir a trámite el escrito de contestación de demanda y reconvencción presentado, corriéndose traslado del mismo al Consorcio Machac a fin de que éste, en un plazo de quince (15) días de notificado, absuelva dicho traslado y exprese lo conveniente a su derecho.
5. Con fecha 28 de marzo de 2012, el Consorcio Machac formuló oposición contra los siguientes medios probatorios ofrecidos por la Municipalidad Distrital de Chavín de Huántar mediante escrito de contestación de demanda y reconvencción de fecha 09 de marzo de 2012: (i) *Peritaje referido al estudio de Vulnerabilidad Estructural de la obra*; (ii) *Peritaje a la valorización N° 04*; y, (iii) *Constatación (Inspección) física de la obra a cargo del Sr. Arbitro Único, Dr. Carlos Alberto Matheus López y de la secretaria arbitral a fin de que corroboren*



Dr. Carlos Alberto Matheus López.

in situ que las partidas observadas están hasta la fecha inconclusas; en tal sentido, este Árbitro Único a través de la Resolución N° 11 de fecha 03 de abril de 2012, tuvo por formulada la oposición planteada por el Consorcio Machac y, en consecuencia, corrió traslado del mencionado escrito a la Municipalidad Distrital de Chavín de Huántar para que, en un plazo de diez (10) días hábiles de notificada, exprese lo conveniente a su derecho.

6. Mediante escrito de fecha 04 de abril de 2012, el Consorcio Machac contestó la reconvencción planteada por la Municipalidad Distrital de Chavín de Huántar; es por ello que, mediante Resolución N° 12 de fecha 09 de abril de 2012, el Árbitro Único tuvo por absuelto el traslado conferido mediante Resolución N° 08, admitiendo a trámite el escrito presentado por el Contratista con fecha 04 de abril de 2012.
7. Cabe indicar que, a pesar de haberse puesto en conocimiento de la Municipalidad Distrital de Chavín de Huántar el escrito de fecha 28 de marzo de 2012, presentado por el Consorcio Machac por medio del cual formula oposición contra algunos medios probatorios ofrecidos por su representada, dicha parte no ejerció su derecho a manifestarse sobre tal oposición, dejándose constancia de ello, mediante Resolución N° 15 de fecha 10 de mayo de 2012. Asimismo, debe indicarse que en dicha Resolución el Árbitro Único se pronunció sobre la citada oposición, declarando infundada la oposición en relación a los peritajes referidos al estudio de Vulnerabilidad Estructural de la obra y a la valorización N° 04, y declarando fundada la oposición sobre Constatación (Inspección) física de la obra *in situ*.
8. Mediante Resolución N° 17 de fecha 25 de mayo de 2012, se citó a las partes a la Audiencia de Conciliación, Fijación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios para el día jueves 14 de junio de 2012 a horas 11:00 a.m., a efectos de (i) Determinar las cuestiones que serán materia de pronunciamiento del Árbitro Único; (ii) Admitir o rechazar los medios probatorios ofrecidos por las partes; y (iii) Disponer, de estimarlo conveniente, la realización de una o más audiencias referidas a las cuestiones que serán materia de pronunciamiento por el Árbitro Único.
9. A través de escrito de fecha 29 de mayo de 2012, el Consorcio Machac solicita al Árbitro Único reconsiderar la actuación de los peritajes referidos al estudio de vulnerabilidad estructural de la obra y a la valorización N° 04 ofrecidos por la Municipalidad Distrital de Chavín de Huántar en su escrito de contestación de

LL!

E.

Dr. Carlos Alberto Matheus López.

demanda y reconvencción, debido a que los mismos –según su punto de vista– no aportarían nada al proceso. En vista de ello, este Tribunal Arbitral Unipersonal expidió la Resolución N° 19 de fecha 01 de junio de 2012, teniendo por formulado el recurso de reconsideración contra la Resolución N° 15 planteado por el Consorcio Machac y corriendo traslado del mismo, a la Municipalidad Distrital de Chavín de Huántar para que, en un plazo de cinco (5) días hábiles de notificada, cumpla con expresar lo conveniente a su derecho.

10. Estando a la citación efectuada, en el día y hora fijados para ello, en la sede de arbitraje, se llevó a cabo la Audiencia de Conciliación, Fijación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios con la asistencia de ambas partes, no siendo factible que se concrete un acuerdo conciliatorio entre ellas. Acto seguido, se procedió a determinar las cuestiones materia del arbitraje.

11. En relación a los puntos controvertidos, referidos a las pretensiones de las partes, éstos fueron fijados de la siguiente manera:

- Derivadas de la Demanda presentada por el Consorcio Machac:

- i) Determinar si corresponde declarar o no la nulidad y, en consecuencia, determinar si corresponde dejar sin efecto o no los siguientes documentos: Informe N° 001-2011-GDUR-MDCHH/COMITÉ, Informe N° 006-2011-GDUR-MDCHH/COMITÉ y Resolución Gerencial N° 240-2011-MDCHH/GM.
- ii) Determinar si corresponde ordenar o no la conformidad de la entrega de la obra: "Construcción y Equipamiento del puesto de salud de Machac", y en consecuencia, determinar si corresponde o no tener por levantadas las observaciones por el Consorcio Machac, las cuales fueron formuladas por la Municipalidad Distrital de Chavín de Huántar en su oportunidad.
- iii) Determinar si corresponde ordenar o no a la Municipalidad Distrital de Chavín de Huántar a que efectúe el pago a favor del Consorcio Machac respecto a la valorización N° 04 con factura N° 0162 por un monto de S/. 71,311.21 (Setenta y Un Mil Trescientos Once y 21/100 Nuevos Soles) más los intereses legales que pueda corresponder calculados a la fecha de pago. Asimismo, determinar si corresponde ordenar o no a la Municipalidad Distrital de Chavín de Huántar a que efectúe el pago a favor del Consorcio Machac respecto a la liquidación final calculada a la fecha en la que se efectuó la constatación física e inventario que comprende los meses de marzo a agosto, ascendente a la suma de S/. 33,660.00 (Treinta y Tres Mil

Seiscientos Sesenta y 00/100 Nuevos Soles) más los intereses legales que pueda corresponder calculados a la fecha de pago³.

- iv) Determinar si corresponde ordenar o no a la Municipalidad Distrital de Chavín de Huántar a que efectúe el pago a favor del Consorcio Machac por concepto de indemnización de daño emergente y lucro cesante ascendente a S/. 54,187.53 (Cincuenta y Cuatro Mil Ciento Ochenta y Siete y 53/100 Nuevos Soles) el cual, se habría generado por la arbitraria resolución de contrato que hiciera la demandada.

- **Derivadas de la Reconvención presentada por la Municipalidad Distrital de Chavín de Huántar:**

- v) Determinar si corresponde ordenar o no al Consorcio Machac a que efectúe el pago a favor de la Municipalidad Distrital de Chavín de Huántar por concepto de indemnización por daños y perjuicios ascendente a S/. 242,818.03 (Doscientos Cuarenta y Dos Mil Ochocientos Dieciocho y 03/100 Nuevos Soles) más los respectivos intereses; el cual, se habría generado porque el Consorcio Machac no cumplió a cabalidad con sus obligaciones contractuales.

- **Pretensión en Común de las partes:**

- vi) Determinar a quién corresponde el pago de los costos y costas que se generen del presente proceso arbitral.

12. Asimismo, en la mencionada Audiencia, se admitieron los medios probatorios descritos de la siguiente manera:

- **De la parte Demandante:**

³ Sobre este punto controvertido, debe indicarse que mediante Resolución N° 03 de fecha 09 de febrero de 2012, se precisó que la "III. TERCERA PRETENSIÓN" contenida en la demanda de fecha 30 de enero de 2012, quedaría establecida de la siguiente manera: "Que se ordene a la MUNICIPALIDAD efectúe el pago de la valorización N° 04 con factura N° 0162 por un monto de S/. 71,311.21 (Setenta y Un Mil Trescientos Once y 21/100 Nuevos Soles), así como la respectiva liquidación final calculada a la fecha en la que se efectuó la constatación física e inventario que comprende los meses de marzo a agosto, ascendente a la suma de S/. 33,660.00 (Treinta y Tres Mil Seiscientos Sesenta y 00/100 Nuevos Soles). A cada pago, deberá agregarse el monto que por interés legal pueda corresponder calculados a la fecha en la que se efectivicen".

LA:

E.

Se admitieron los medios probatorios ofrecidos por el Consorcio Machac en su escrito de demanda arbitral, ingresada con fecha 30 de enero de 2012 y complementada mediante escrito de fecha 08 de febrero de 2012, incluidos en el acápite "V. Medios Probatorios" de su demanda e identificados con los numerales que van del 1 al 20.

- **De la parte Demandada:**

Se admitieron los documentos ofrecidos como medios probatorios por parte de la Municipalidad Distrital de Chavín de Huántar en su escrito de contestación de demanda y reconvención presentado el 09 de marzo de 2012, detallados, para la contestación de demanda, en el acápite "IV MEDIOS PROBATORIOS" de dicho escrito e identificados con los numerales que van del 4.1 al 4.14 y, para la reconvención, en el acápite "IV MEDIOS PROBATORIOS" del mismo escrito e identificados con los numerales que van del 4.1 al 4.10. Con excepción de la Constatación (Inspección) física *in situ* de la obra a cargo del Sr. Arbitro Único, Dr. Carlos Alberto Matheus López y de la secretaria arbitral.

Asimismo, se precisó que, mediante Resolución N° 15 de fecha 10 de mayo de 2012, el Árbitro Único resolvió la oposición a los medios probatorios - correspondientes al numeral 4.14 del acápite "IV MEDIOS PROBATORIOS" de la contestación de demanda y al numeral 4.10 del acápite "IV MEDIOS PROBATORIOS" de la reconvención- ofrecidos por la Municipalidad Distrital de Chavín de Huántar mediante escrito de contestación de demanda y reconvención de fecha 09 de marzo de 2012, debiendo indicarse que en dicha Resolución se determinó declarar infundada la oposición en relación a los peritajes referidos al estudio de Vulnerabilidad Estructural de la obra y a la valorización N° 04, y declarar fundada la oposición sobre Constatación (Inspección) física de la obra *in situ*.

13. Cabe señalar que, en relación a los medios probatorios ofrecidos por las partes y sobre la base del principio de la amplitud de la prueba que se aplica en todo procedimiento arbitral, este Árbitro Único dejó constancia que no se ha generado nulidad alguna en el presente proceso arbitral y que se han actuado todos los medios probatorios presentados, los que han sido evaluados en su integridad por este Tribunal Arbitral Unipersonal.

H.

E.

Dr. Carlos Alberto Matheus López.

14. Mediante escrito de fecha 16 de julio de 2012, la Municipalidad Distrital de Chavín de Huántar absolvió el traslado conferido mediante Resolución N° 19; es por ello que, con Resolución N° 22 de fecha 17 de julio de 2012, se tuvo por absuelto el traslado conferido por parte de la demandada y se declaró improcedente la reconsideración contra la Resolución N° 15 planteada por el Consorcio Machac, y en consecuencia, se reafirmó la actuación de las pericias ofrecidas por la Municipalidad Distrital de Chavín de Huántar, así como todo lo contenido en la citada Resolución N° 15, la cual fuera materia de impugnación.
15. Posteriormente, mediante escrito de fecha 26 de julio de 2012, el Consorcio Machac ofrece nuevos medios probatorios que respaldarían sus alegaciones, los cuales, son los siguientes: *(i) Declaración de parte que deberá rendir el Sr. Marco Antonio Abdala Maguiña Cáceres respecto de la notificación de la Carta de fecha 11 de agosto de 2011, a través de la cual la Entidad les comunica la resolución de Contrato, a fin de acreditar que tal acto fue realizado por el Sr. Máximo López Mallqui y No por un Juez de Paz; (ii) Peritaje Grafotécnico que deberá practicarse a la Carta Notarial de fecha 11 de agosto de 2011, por uno de los peritos incluidos dentro de la Nómina de Peritos Judiciales para los años 2012 y 2013 en la Corte Superior de Justicia de Lima aprobada por Resolución Administrativa N° 226-2012-P-CSJL-PJ, a fin de determinar la antigüedad del sello y firma del Juez de Paz que se consigna en el mismo, aspecto que permitirá corroborar la falsedad de aquella certificación; y, (iii) Peritaje referido al estudio de vulnerabilidad estructural de la obra, elaborado por INNOVAPUCP – Centro de Consultoría y Servicios Integrados de la Pontificia Universidad Católica del Perú, o por el Servicio Nacional de Capacitación para la Industria de la Construcción (SENCICO), a efectos de demostrar que la ejecución de la obra se desarrolló conforme a lo establecido en el Expediente Técnico. Dicho escrito fue proveído con Resolución N° 24 de fecha 31 de julio de 2012, corriéndose traslado del mismo, a la Municipalidad Distrital de Chavín de Huántar para que, en un plazo de cinco (5) días hábiles de notificada, cumpla con expresar lo conveniente a su derecho.*
16. A través de escrito de fecha 20 de agosto de 2012 y dentro del plazo establecido para tales efectos, la Municipalidad Distrital de Chavín de Huántar cumple con absolver el traslado conferido mediante Resolución N° 24. En el referido escrito, la demandada realiza su descargo en relación a los medios probatorios ofrecidos por su contraparte, formulando oposición contra los siguientes medios probatorios: *(i) la Declaración de parte del Sr. Marco Antonio*

1-1

E.

Abdala Maguiña Cáceres; y, (ii) Peritaje Grafotécnico a la Carta Notarial de fecha 11 de agosto de 2011; solicitando que los mismos sean desestimados por ser impertinentes. Ante ello, este Árbitro Único expidió la Resolución N° 26 de fecha 27 de agosto de 2012, por medio de la cual, tuvo por formulada la oposición planteada por la demandada, y en consecuencia, corrió traslado del referido escrito al Consorcio Machac para que, en un plazo de diez (10) días hábiles cumpla con expresar lo conveniente a su derecho.

17. Mediante escrito de fecha 11 de setiembre de 2012, y dentro del plazo establecido para tales efectos, el Consorcio Machac realizó su descargo en relación a la oposición formulada por su contraria. En vista de ello, a través de Resolución N° 27 de fecha 19 de setiembre de 2012, se tuvo por absuelto el traslado conferido mediante Resolución N° 26 por parte del Consorcio Machac, se declaró infundada la oposición formulada por la Municipalidad Distrital de Chavín de Huántar mediante escrito de fecha 20 de agosto de 2012 y, en tal sentido, se procedió a la admisión de los medios probatorios ofrecidos por el Consorcio Machac mediante escrito de fecha 26 de julio de 2012.
18. Con Resolución N° 28 de fecha 19 de setiembre de 2012, el Árbitro Único indicó a las partes que, tanto las pericias referidas al Estudio de Vulnerabilidad Estructural de la Obra (ofrecidas por las partes), como la pericia referida a la Valorización N° 04 (ofrecida por la demandada), guardan una estrecha relación, debido a que los objetos de las mismas forman parte de un mismo análisis, por tal motivo, precisó que las referidas pericias deberán verse a través de una sola pericia y por un solo perito quien se encargue de aclarar el panorama de las mismas a través de un solo dictamen pericial. Asimismo, dispuso que la Secretaría Arbitral de la causa oficie al Colegio de Ingenieros del Perú, a fin de que dicho colegio profesional presente una terna de peritos conforme a lo señalado en el octavo considerando de dicha resolución.
19. Por medio de Resolución N° 29 de fecha 19 de setiembre de 2012, se otorgó a las partes un plazo de diez (10) días hábiles a partir de notificadas, para que presenten sus respectivos pliegos interrogatorios, sobre los cuales se basarán las declaraciones testimoniales de las personas cuyo testimonio han ofrecido, al término del cual y en caso que cualquiera de las partes no cumpla con presentar dicha información, se prescindiría de la actuación de dicho o dichos medios probatorios. Asimismo, en dicha resolución también se otorgó al Consorcio Machac un plazo de veinte (20) días hábiles a partir de notificado, para que presente el informe pericial correspondiente, bajo apercibimiento de prescindir

de la actuación del referido medio probatorio en caso el mismo no sea presentado dentro de dicho término.

20. La Municipalidad Distrital de Chavín de Huántar mediante escrito de fecha 09 de octubre de 2012, interpone recurso de reconsideración contra la Resolución N° 28, razón por la cual, este Tribunal Arbitral Unipersonal a través de la Resolución N° 30 de fecha 16 de octubre de 2012, tuvo por formulado el recurso de reconsideración contra la Resolución N° 28 planteado por la Municipalidad Distrital de Chavín de Huántar y, corrió traslado del mismo, al Consorcio Machac para que, en un plazo de cinco (5) días hábiles de notificado, cumpla con expresar lo conveniente a su derecho.
21. Mediante Carta N° 2056-2012/P/CDL/CIP de fecha 12 de octubre de 2012, el Colegio de Ingenieros del Perú remitió al Árbitro Único una terna de peritos conforme a lo dispuesto a través de la Resolución N° 28.
22. Con fecha 17 de octubre de 2012, el Consorcio Machac dentro del plazo otorgado cumplió con presentar el respectivo pliego interrogatorio, sobre el cual versaría la declaración testimonial del Sr. Marco Antonio Abdala Maguiña Cáceres, situación de la cual, se dejó constancia mediante Resolución N° 32 de fecha 31 de octubre de 2012. Con dicha resolución también se procedió a citar a las partes a la Audiencia de Pruebas para el día miércoles 28 de noviembre de 2012 a horas 10:00 a.m., a efectos de llevarse a cabo la declaración testimonial del mencionado testigo; asimismo, se dejó constancia de que la Municipalidad Distrital de Chavín de Huántar, no cumplió con presentar su respectivo pliego interrogatorio – sobre el cual versaría la declaración testimonial del Juez de Paz Eduardo Mariluz Loarte – dentro del plazo establecido y, en consecuencia, se prescindió de dicho medio probatorio de conformidad con el apercibimiento realizado en el primer extremo resolutivo de la Resolución N° 29.
23. El Consorcio Machac con fecha 29 de octubre de 2012, absolvió el traslado conferido mediante Resolución N° 30, cumpliendo con manifestar lo oportuno a su derecho respecto a la reconsideración interpuesta por su contraparte. Cabe indicar que dicho escrito fue proveído mediante Resolución N° 33 de fecha 05 de noviembre de 2012, pronunciándose el Árbitro Único sobre la referida reconsideración formulada por la Municipalidad Distrital de Chavín de Huántar declarando la misma infundada por las razones expuestas en dicha resolución y teniéndose por ratificada en todos sus extremos lo dispuesto en la Resolución N° 28.

21.

21.

24. Por otro lado, estando a la citación efectuada, en el día y hora fijados para ello, en la sede de arbitraje, se llevó a cabo la Audiencia de Pruebas con la asistencia de las partes y con la presencia del testigo Sr. Marco Antonio Abdalá Maguiña Cáceres, personaje al cual se le formularon las respectivas preguntas que fueron consignadas en el respectivo pliego interrogatorio presentado por el Consorcio Machac.
25. El 27 de diciembre de 2012, el Consorcio Machac cumplió con presentar el informe pericial grafotécnico ofrecido por éste. Es por ello, que a través de la Resolución N° 40 de fecha 04 de enero de 2013, se tuvo por presentado el dictamen pericial grafotécnico ofrecido por la demandante, el cual fuera requerido mediante Resolución N° 36 y, se puso el mismo en conocimiento de la contraparte a efectos de que en un plazo de veinte (20) días hábiles estudie y revise el mismo, a fin de que formule las observaciones que considere conveniente.
26. Luego, la Municipalidad Distrital de Chavín de Huántar mediante escrito de fecha 28 de enero de 2013, ofreció nuevos medios probatorios, los cuales son los siguientes: (i) Oficio N° 18-1013.JONL.DCHH de fecha 23 de enero de 2013; y, (ii) Peritaje Grafotécnico que deberá practicarse a la Carta Notarial de fecha 11 de agosto de 2011, a cargo del perito Winston Félix Aquije Saavedra. Asimismo, cabe indicar que en dicho escrito la demandada no formuló expresamente observaciones al dictamen pericial grafotécnico presentado por su contraria.
27. A través de Resolución N° 44 de fecha 18 de febrero de 2013, se dejó constancia que la Municipalidad Distrital de Chavín de Huántar no formuló observaciones al dictamen pericial grafotécnico presentado por el Consorcio Machac y, además se corrió traslado al Consorcio Machac de los nuevos medios probatorios ofrecidos por la Municipalidad Distrital de Chavín de Huántar, al Consorcio Machac para que en un plazo de cinco (05) días hábiles cumpla con expresar lo que considere conveniente a su derecho.
28. Con fecha 22 de febrero de 2013, la Municipalidad Distrital de Chavín de Huántar formuló observaciones al dictamen pericial grafotécnico presentado por el Consorcio Machac, motivo por el cual, a través de Resolución N° 48 de fecha 03 de mayo de 2013, se dispuso a la demandada estarse a lo resuelto en la Resolución N° 44.

29. El Consorcio Machac mediante escrito de fecha 04 de marzo de 2013, cumplió con absolver el traslado conferido a través de Resolución N° 44, realizando su descargo y formulando oposición contra los medios probatorios presentados por su contraparte, razón por la cual, mediante Resolución N° 49 de fecha 03 de mayo de 2013, se tuvo por formulada la oposición planteada por el Consorcio Machac contra los medios probatorios ofrecidos por la Municipalidad Distrital de Chavín de Huántar en su escrito de fecha 28 de enero de 2013.
30. Con Resolución N° 50 de fecha 30 de mayo de 2013, se designó a la Ing. Civil Jenny Guerrero Aquino como perito para el presente caso, disponiéndose que la secretaría arbitral oficie a dicha profesional para que manifieste su aceptación o no al cargo propuesto.
31. Mediante escrito de fecha 04 de junio de 2013, la Municipalidad Distrital de Chavín de Huántar realizó su descargo a la oposición formulada por el Consorcio Machac. Dicho escrito fue proveído a través de la Resolución N° 53 de fecha 04 de junio de 2013, por medio de la cual, se tuvo por absuelto el traslado conferido mediante Resolución N° 49 por parte de la demandada y, se declaró infundada la oposición formulada por el Consorcio Machac, procediéndose a la admisión de los medios probatorios ofrecidos por la Municipalidad Distrital de Chavín de Huántar mediante escrito de fecha 28 de enero de 2013.
32. A través de la comunicación de fecha 18 de junio de 2013, la Ing. Civil Jenny Violeta Guerrero Aquino aceptó el cargo propuesto, cumpliendo con fijar sus honorarios profesionales netos e indicó el plazo que le demandaría la realización de la pericia. Ante ello, con Resolución N° 55 de fecha 21 de junio de 2013, se tuvo por aceptado el cargo de perito por parte de la Ing. Civil Jenny Violeta Guerrero Aquino, se fijaron sus honorarios en S/. 14,000.00 Nuevos Soles, estableciéndose además en veintitrés (23) días el plazo de duración de la pericia. También en dicha resolución se procedió a requerir a las partes para que en el plazo de cinco (05) días hábiles cumplan con pagar la primera cuota de los honorarios de la perito, asimismo se otorgó a la perito un plazo de cinco (05) días hábiles para que indique que información y documentación necesitaría de las partes para poder elaborar su pericia.
33. Con fecha 03 de julio de 2013, la perito procedió a indicar al Árbitro Único la documentación e información que debería ser presentada por cada una de las partes, para la elaboración de la pericia. El mencionado escrito fue proveído, a través de Resolución N° 57 de fecha 04 de julio de 2013, teniéndose por

presentado el mismo, con conocimiento de las partes y se otorgó un plazo de cinco (05) días hábiles a éstas para que hagan llegar a la secretaría arbitral, la documentación solicitada por la perito.

34. Con Resolución N° 60 de fecha 01 de agosto de 2013, se otorgó a la partes un plazo adicional de cinco (05) días hábiles a fin de que cumplan con cancelar los honorarios de la perito, los cuales fueran requeridos inicialmente a través de la Resolución N° 55, pero que a pesar de haber vencido el plazo ninguna de las partes cumplió con ese requerimiento.

35. Asimismo, atendiendo al incumplimiento de las partes respecto al requerimiento realizado mediante Resolución N° 57, este Árbitro Único a través de la Resolución N° 61 de fecha 01 de agosto de 2011, decidió otorgar a las mismas un plazo adicional de cinco (5) días para que cumplan con presentar a la secretaría arbitral, toda la documentación solicitada por la perito mediante comunicación de fecha 03 de julio de 2013.

36. Mediante Resolución N° 63 de fecha 01 de agosto de 2013, se citó a las partes a la Audiencia de Sustentación de la Pericia Grafotécnica (ofrecida por el Consorcio Machac), la misma que se llevaría a cabo el día martes 20 de agosto de 2013 a las 04:00 p.m. en la sede del arbitraje.

37. En la fecha y hora programada para tales efectos, en la sede de arbitraje, se llevó a cabo la Audiencia de Sustentación de la Pericia con la presencia del perito (designado por el Consorcio Machac) y la parte demandada, dejándose constancia de la inasistencia de los representantes del Consorcio Machac, a pesar de estar debidamente notificados. En dicha diligencia, el perito expuso los fundamentos y las conclusiones de su dictamen pericial y, posteriormente, el Árbitro Único concedió el uso de la palabra al representante de la parte asistente para que exponga lo conveniente a su derecho, quien realizó las preguntas que consideró convenientes, las cuales fueron materia de pronunciamiento por parte del perito. Asimismo, el Árbitro Único efectuó las preguntas que consideró pertinentes, las mismas que fueron respondidas por el perito, con lo que concluyó dicha audiencia, determinándose el término del trámite de la pericia de parte.

38. Con Resolución N° 65 de fecha 14 de octubre de 2014, se otorgó a las partes un plazo último y excepcional de cinco (5) días hábiles adicionales, a fin de que éstas cumplan con el pago del honorario profesional de la perito, dispuesto

mediante Resolución N° 55 de fecha 21 de junio de 2013; bajo apercibimiento de que, en caso de incumplimiento de alguna de las partes, se prescindiera de dicho medio de prueba y se laude únicamente con los medios probatorios presentados en el presente proceso, siendo tal situación de exclusiva responsabilidad de éstas.

39. A través de la Resolución N° 66 de fecha 14 de octubre de 2013, se otorgó a las partes, un plazo último y excepcional de cinco (5) días hábiles adicionales, a fin de que éstas cumplan con presentar toda la documentación solicitada por la perito mediante escrito de fecha 03 de julio de 2013; bajo apercibimiento de que, en caso de incumplimiento de alguna de las partes, se tenga presente su conducta procesal al momento de laudar y se resuelva la pericia únicamente con la documentación que se hubiera cumplido con alcanzar a la perito.
40. Por otro lado, con Resolución N° 67 de fecha 14 de octubre de 2013, se otorgó a la Municipalidad Distrital de Chavín de Huantar un plazo de veinte (20) días hábiles, para que presente el informe pericial correspondiente, bajo apercibimiento de prescindirse de la actuación del referido medio probatorio en caso el mismo no sea presentado dentro de dicho término.
41. La Municipalidad Distrital de Chavín de Huantar a través de escrito de fecha 20 de noviembre de 2013, cumplió con presentar parte de la documentación solicitada por la perito. Dicho escrito fue proveído mediante Resolución N° 69 de fecha 23 de diciembre de 2013, teniéndose por ofrecida tal documentación y debiendo quedarse la misma para el expediente original con la finalidad de que esta documentación sirva para dilucidar la presente controversia, debido a que en la mencionada Resolución N° 69 se declaró el archivo definitivo de la actuación de la pericia de oficio, la cual fuera dispuesta por este Árbitro Único mediante Resolución N° 28 de fecha 19 de setiembre de 2012.
42. De otro lado, con Resolución N° 70 de fecha 23 de diciembre de 2013, se dejó constancia de que la Municipalidad Distrital de Chavín de Huántar, no cumplió con presentar el informe pericial grafotécnico ofrecido dentro plazo establecido para tales efectos; y, en consecuencia, procedió a prescindir de dicho medio probatorio conforme al apercibimiento realizado en el primer extremo resolutivo de la Resolución N° 67.
43. A través de Resolución N° 71 de fecha 23 de diciembre de 2013, el Árbitro Único declaró el cierre de la etapa probatoria otorgando a las partes un plazo de

14.

14.

cinco (5) días hábiles, a partir de notificadas, a fin de que presenten sus escritos de alegatos y conclusiones finales, y de ser el caso soliciten el uso de la palabra.

44. Con fechas 09 y 16 de enero de 2014, tanto el Consorcio Machac como la Municipalidad Distrital de Chavín de Huántar, presentaron sus alegatos escritos dentro del plazo establecido para dichos efectos; escritos que fueron proveídos mediante Resolución N° 73 de fecha 27 de enero de 2014, a través de la cual se tuvieron por presentados los escritos de alegatos tanto de la parte demandada como de la parte demandante, poniéndose en conocimiento de los mismos a ambas partes. En la misma Resolución N° 73, el Árbitro Único citó a las partes a la Audiencia de Informes Orales, la cual se llevaría a cabo el día jueves 20 de febrero de 2014 a horas 11:00 a.m. en la sede del arbitraje.
45. Mediante escrito de fecha 18 de febrero de 2014, el Consorcio Machac solicitó que la Audiencia de Informes Orales sea reprogramada, en razón a que su representante no podría asistir a la misma por motivos de fuerza mayor; motivo por el cual, el Árbitro Único a través de la Resolución N° 74 de fecha 18 de febrero de 2014, teniendo presente la solicitud presentada por el Consorcio Machac, dispuso dejar sin efecto la citación a la Audiencia de Informes Orales programada para el día jueves 20 de febrero de 2014 a horas 11:00 a.m. y, en consecuencia, reprogramó dicha diligencia para el día miércoles 12 marzo de 2014 a horas 11:00 a.m. en la sede del arbitraje.
46. Con fecha 12 de marzo de 2014, en la hora fijada para tales efectos, se llevó a cabo la Audiencia de Informes Orales, diligencia en la cual se dejó constancia de la inasistencia de los representantes de la Municipalidad Distrital de Chavín de Huántar a pesar de estar debidamente notificados, conforme consta del correspondiente cargo de notificación. En dicha audiencia, se otorgó el uso de la palabra a la parte asistente, realizando el Árbitro Único las preguntas pertinentes, las mismas que fueron respondidas por ésta.
47. Mediante Resolución N° 77 de fecha 21 de abril de 2014, se fijó en treinta (30) días hábiles el plazo para la expedición del respectivo laudo arbitral, el cual podrá ser prorrogado, de ser el caso, conforme a lo establecido en el numeral 33) del Acta de Instalación de Árbitro Único de fecha 10 enero de 2012, por un período adicional de treinta (30) días hábiles adicionales.

11.

E.

48. Posteriormente, mediante Resolución N° 78 de fecha 30 de mayo de 2014, el Árbitro Único amplió el plazo para laudar en treinta (30) días hábiles adicionales, conforme a lo dispuesto en el numeral 33) del Acta de Instalación de Árbitro Único, precisándose que el nuevo plazo empezaría a computarse a partir de vencido del plazo inicial.

III. CONSIDERACIONES DEL ÁRBITRO ÚNICO

III.1.- CUESTIONES PRELIMINARES

Antes de entrar a analizar la materia controvertida, corresponde confirmar lo siguiente:

- (i) Que el Árbitro Único se constituyó de conformidad con el convenio arbitral suscrito por las partes.
- (ii) Que en momento alguno se recusó al Árbitro Único, o se impugnó o reclamó contra las disposiciones de procedimiento dispuestas en el Acta de Instalación.
- (iii) Que el Consorcio Machac presentó su demanda dentro de los plazos dispuestos. Asimismo, ejerció plenamente su derecho de defensa con respecto a la reconvención planteada en su contra, habiendo cumplido con presentar su contestación a ésta.
- (iv) Que la Municipalidad Distrital de Chavín de Huántar fue debidamente emplazada con la demanda y ejerció plenamente su derecho de defensa, habiendo cumplido con presentar su contestación de demanda y formulando reconvención dentro de los plazos establecidos.
- (v) Que las partes tuvieron plena oportunidad para ofrecer y actuar todos sus medios probatorios, así como también tuvieron la facultad de presentar alegatos o solicitar el uso de la palabra para informar ante el Árbitro Único, lo que sucedió a través de la Audiencia de Informes Orales.
- (vi) Que, de conformidad con las reglas establecidas en el Acta de Instalación del Árbitro Único, las partes han tenido oportunidad suficiente para plantear recurso de reconsideración contra cualquier resolución -distinta al laudo emitida 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 la Ley, del Reglamento o del Decreto Legislativo N° 1071, habiéndose producido así renuncia al derecho a objetar conforme lo señala la misma Acta de Instalación.

11/10

6.

(vii) Que, el Árbitro Único ha procedido a laudar dentro de los plazos establecidos en las reglas del proceso, los cuales fueron aceptados por las partes.

III.2.- MATERIA CONTROVERTIDA

De acuerdo con lo establecido en la Audiencia de Conciliación, Fijación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios de fecha 14 de junio de 2012, en el presente caso corresponde al Árbitro Único determinar lo siguiente en base a los puntos controvertidos fijados en el presente arbitraje.

Siendo que el presente arbitraje es uno de derecho, corresponde al Árbitro Único pronunciarse respecto de cada uno de los puntos controvertidos teniendo en cuenta el mérito de la prueba aportada al proceso para determinar, en base a la valoración conjunta de ellas, las consecuencias jurídicas que, de acuerdo a derecho, se derivan para las partes en función de lo que haya sido probado 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 árbitro respecto de tales hechos.

Asimismo, debe tenerse en cuenta, en relación a las pruebas aportadas al arbitraje 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 las 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 lo propuso o lo proporcionó"*⁴

⁴ TARAMONA HERNÁNDEZ., José Rubén. "Medios Probatorios en el Proceso Civil". Ed.: Rodhas, 1994, p. 35.

14.

15.

El 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 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 Árbitro Único deja establecido que en aquellos supuestos en los que este laudo arbitral hace referencia a algún medio probatorio o hecho en particular, lo hace atendiendo a su estrecha vinculación, trascendencia, utilidad y pertinencia que a criterio del Árbitro Único tuviere respecto de la controversia materia de análisis.

Que, adicionalmente debe precisarse que, los puntos controvertidos constituyen una referencia para el análisis que debe efectuar el Árbitro Único, 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 Árbitro Único considera que el análisis debe realizarse de acuerdo a la forma siguiente:

III.2.1.- PUNTOS CONTROVERTIDOS DE LA DEMANDA

1. PRIMER PUNTO CONTROVERTIDO

Determinar si corresponde declarar o no la nulidad y, en consecuencia, determinar si corresponde dejar sin efecto o no los siguientes documentos: Informe N° 001-2011-GDUR-MDCHH/COMITÉ, Informe N° 006-2011-GDUR-MDCHH/COMITÉ y Resolución Gerencial N° 240-2011-MDCHH/GM.

1.1 POSICIÓN DEL CONTRATISTA

El Contratista ampara su pedido en los siguientes fundamentos de hecho y de derecho:

De la Incorrecta Aplicación de Penalidades

Al respecto, tenemos que el 20 de abril de 2011 se notificó al Consorcio Machac la Carta N° 059-2011-GDUR-MDCHH/RCSR/SGESO donde se adjuntaba el informe N° 006-2011-GDUR-MDCHH/COMITÉ por el que se concluyó que al no haberse levantando las observaciones y habiéndosele notificado del informe elevado al

1.1.

E.

titular de la Entidad, la aplicación de la penalidad corresponde que sea aplicada desde el 08 de abril de 2011 por una suma diaria de S/ 7,226.72.

El Consorcio Machac expresa que, la Municipalidad Distrital de Chavín de Huántar no sólo los dejó en estado total de indefensión sin posibilidad de manifestar su desacuerdo con sus decisiones sino que además, pretende aplicarles penalidades por supuestos retrasos que en ningún momento aceptan, contraviniendo el Artículo 210º del Reglamento de la Ley de Contrataciones.

Ahora bien, refieren que en el caso, tampoco han seguido el procedimiento para la aplicación de penalidades puesto que si no se siguió el procedimiento correspondiente para el levantamiento de observaciones ni había manifestación de parte de la Entidad demandada, no se podía hacer referencia a retrasos imputables al Consorcio Machac más aún si es que no había pronunciamiento de parte del titular de la Entidad.

De la Nulidad de lo Actuado

Todo lo señalado configura una clara transgresión a los dispositivos de contratación estatal y al principio de legalidad establecido en el Artículo IV del Título Preliminar de la Ley del Procedimiento Administrativo General - Ley N° 27444

En esa línea de sujeción a la legalidad se ha pronunciado en reiteradas jurisprudencias el Tribunal de Contrataciones:

Resolución N° 739-2009-TC-S4

Todas las actuaciones y decisiones de la Administración Pública deben contar con sustento legal, es decir, deben sujetarse a la estricta observancia y aplicación de las disposiciones de la normativa que resulte aplicable, de conformidad con lo previsto en el Principio de Legalidad, recogido en el artículo IV del Título Preliminar de la Ley de Procedimiento Administrativo General, Ley N° 27444.

Resolución N° 2257-2010-TC-S2

Al respecto, como primer punto de análisis, corresponde examinar si la Entidad ha cumplido con el procedimiento de resolución del contrato, previsto en los artículos 168º y 169º de El Reglamento. De la lectura de las disposiciones glosadas, se concluye que resulta imperativo que La entidad siga el procedimiento descrito y

cf.

E.

cumpla con las formalidades previstas en la normativa, ello con la finalidad que la resolución contractual sea válida.

Sobre la base de lo señalado, el Consorcio Machac expresa que resulta claro que la Municipalidad Distrital de Chavín de Huántar haya incumplido dispositivos de carácter imperativo, toda vez que no ha seguido el procedimiento establecido en el Reglamento, resultando su actuar arbitrario puesto que nunca cumplió con el procedimiento correspondiente para el levantamiento de observaciones que era lo que correspondía, por lo que nos encontramos ante vicios graves que ameritan la nulidad de lo actuado.

De la Incorrecta e Indebida Resolución Contractual

Asimismo, el demandante añade que su contraria le remitió una comunicación S/N que si bien señala que es notarial, aquella no se realiza mediante una Notaría, tal como lo dispone el Artículo 40º de la Ley de Contrataciones del Estado y el Artículo 169º del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

Es por ello, que la demandante refiere que, para que una resolución contractual sea realizada de manera válida, en primer lugar debe cursarse una carta notarial a la otra parte, señalando la obligación supuestamente incumplida o el límite de las penalidades que se nos pretende imputar.

En ese sentido, para que la Entidad demandada hubiera emitido una resolución válida, más allá de que pueda ser cuestionada en su contenido, debe respetar el procedimiento y las formalidades indicadas tanto en el Artículo 40º de la Ley como en el Artículo 169º del Reglamento, respetando así el principio de legalidad establecido en el artículo IV del Título Preliminar de la Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley N° 27444.

Sobre la base de lo señalado, resulta claro que la Municipalidad Distrital de Chavín de Huántar ha incumplido dispositivos de carácter imperativo, toda vez que no ha seguido el procedimiento establecido en el Reglamento, resultando su actuar arbitrario puesto que nunca cumplió con comunicarle vía carta notarial la resolución del contrato. Lo señalado es concordante con la Opinión N° 077-2010/DTN del OSCE.

41.

6.

Dr. Carlos Alberto Matheus López.

La demandante precisa que si bien en la zona no se encuentran notarios, no es menos cierto que la norma no establece supuestos de excepción para aquella obligación por lo que, atendiendo al acto que se va ejecutar y a lo trascendental de la decisión que se va a tomar como es la interrupción de una relación contractual, aquello debe cumplir con las mínimas formalidades que establece la norma, situación que no se ha cumplido en el caso concreto.

Ahora bien, la situación descrita no es la única contraria a los dispositivos que rigen la contratación estatal sino que además como puede apreciarse dicha Resolución Gerencial N° 00240-2011-MDCHH/GM, parte de una serie de falsedades que invalidan totalmente su emisión, tal como lo detalla el Consorcio Machac a continuación:

- No se nos adjunta junto con la resolución el informe de asesoría jurídica al que hacen referencia que es de donde concluyen que corresponde la aplicación de penalidades y que aquel procedimiento era el correcto.
- Señalan que el comité de recepción se constituye en la obra para verificar el levantamiento de observaciones, lo cual es falso puesto que ya se ha demostrado que de aquel comité incorrectamente conformado únicamente participan dos de sus miembros.
- Indican que se nos notificó válidamente de la segunda recepción de la obra, lo cual es falso puesto que ya hemos demostrado que se nos comunica en un horario fuera de oficina y además se nos cita al día siguiente cuando nuestro representante no se encontraba en la ciudad por compromisos pactados con anterioridad.
- Omiten señalar que la notificación del resultado de la segunda recepción de la obra fue ante solicitud e insistencia nuestra, puesto que antes de ello no habían efectuado comunicación alguna.

Lo señalado precedentemente, evidentemente demuestra el actuar totalmente contrario a la normativa de Contrataciones del Estado de parte de la Municipalidad Distrital de Chavín de Huántar así como su deliberada intención de faltar a la verdad con tal de resolvernos el contrato a pesar de contar con una obra culminada y entregada.

19,

E.

Resulta claro que Municipalidad Distrital de Chavín de Huántar pretende justificar el incumplimiento de las formalidades establecidas por el Reglamento para el procedimiento de resolución de un contrato, amparándose en falsedades y omisiones de verdad que sólo pretenden perjudicar la entrega de la obra. Lo señalado es respaldado por la Opinión N° 115-2009/DTN del OSCE.

Por lo anteriormente expuesto, el procedimiento llevado a cabo no corresponde al regulado por la normativa de contratación estatal y demuestra que la supuesta causal de resolución contractual por aplicación de penalidades no corresponde al caso concreto. Asimismo, el Consorcio Machac añade que en el caso en concreto se verifican vicios de nulidad al contravenir normas legales tal como lo dispone el artículo 10º de la Ley N° 27444, Ley de Procedimiento Administrativo General.

1.2 POSICIÓN DE LA ENTIDAD

A continuación se reseñan los fundamentos de hecho y derecho a los que hace referencia la Municipalidad Distrital de Chavín de Huántar, respecto a este punto controvertido:

La Entidad demandada refiere que efectivamente con fecha 07 de abril del 2011, le comunicó formalmente al Consorcio Machac el resultado de la verificación de la subsanación de las observaciones realizada con fecha 11 de marzo del 2011, participando el Ing. Moisés Toledo Torres.

Asimismo, la Entidad expresa que el demandante declara ello en su Carta N° 0017-2011CONSORCIO MACHAC/RL de fecha 20 de abril del 2011, la cual textualmente señala que: "... se me notifica para la recepción de la obra ...para el día 11 de marzo del 2011 a las 8:30 am, donde se apersonaron de una parte los miembros del comité de recepción de la obra ...el supervisor de la obra y el residente de obra, Ing. Moisés Toledo Torres por parte del contratista...".

En dicha carta, la Municipalidad Distrital de Chavín de Huántar refiere que ha detallado claramente todas las observaciones no subsanadas por el demandante y que las mismas fueron advertidas mediante acta de fecha 11 de febrero del 2011, por lo que resulta carente de sustento y sentido lo afirmado por su contraria, debido a que las observaciones no subsanadas no tienen argumentación o comentario, ya que la segunda acta reproduce casi en su integridad la primer acta

de observaciones de fecha 11 de febrero del 2011, suscrita entre otros por el representante legal del Consorcio Machac y el supervisor.

Consiguientemente, la demandada refiere que al ser las observaciones las mismas, las cuales el Consorcio Machac tenía pleno conocimiento de cuáles eran las observaciones y el carácter técnico de su subsanación, -es más este carácter técnico se encuentra detallado en el expediente técnico de la obra, las mismas que no corrigió en el plazo concedido- por lo que no puede argumentar que no firmó el acta el Ing. Moisés Toledo Torres y el Supervisor, más aun si se tiene en cuenta que la no subsanación es un hecho objetivo que hasta la fecha resulta evidente.

La demandada indica que para acreditar que las partidas observadas están hasta la fecha inconclusas, se lleve a cabo una inspección física de la obra con lo cual se demostrará también que lo informado por el Supervisor Ing. Emilio Ortega García, señaló que las observaciones ya han sido levantadas, resulta falso.

La Entidad expresa que en cuanto a lo informado por el supervisor Ing. Emilio Ortega García mediante Carta N° 021-2011/MACHAC-SUP-JOG de fecha 22 de febrero del 2011, ésta da cuenta que se vienen subsanando las observaciones pero no que se han subsanado todas las observaciones, por lo que sería falsa la afirmación del demandante en el extremo de que éste documento acredite la subsanación de la totalidad de las observaciones, en cuanto a lo consignado en el Asiento 178 de la supervisión de fecha 28 de febrero de 2011, que de modo fraudulento da cuenta de que se han levantado las observaciones.

Asimismo, la demandada añade que su contraria le remitió la Carta N° 0016-2011-CONSORCIOMACHAC/RL mostrando su no conformidad con la notificación de resultados de la subsanación de observaciones en la Recepción de Obra, debiendo tenerse en cuenta que:

- El demandante, en su carta antes señalada se limita a indicar que ha levantado todas sus observaciones dentro de los plazos y, que el supervisor de obra ha dado la conformidad de ello, sin embargo de los antecedentes e informes de la Subgerencia de Ejecución y Supervisión de Obras y del Comité de Recepción de Obra se desprende todo lo contrario.
- El demandante, no precisa en que aspectos estaría en desacuerdo y por qué, por lo tanto, tampoco fundamenta su oposición al acta de subsanación de

Dr. Carlos Alberto Matheus López.

observaciones, toda vez que si no se encontraba de acuerdo con las observaciones debió sustentar su desacuerdo; sin embargo, éste no lo realizó de la manera que prevé la Ley y Reglamento de Contrataciones del Estado, por lo que la Entidad dio por aceptada las observaciones realizadas por el comité, iniciándose así el computo para la aplicación de las penalidades.

La Municipalidad Distrital de Chavín de Huántar refiere también que el Supervisor de obra era constantemente cuestionado en su labor y prueba de ello son los diferentes informes y documentos que la Entidad a través de sus órganos cursaba a este profesional con la finalidad de que cumpla con el objeto de su contrato, es decir que el supervisor regularmente estaba faltando a sus obligaciones contractuales, razón por la cual los informes de avance de obra y anotaciones en el cuaderno de obra eran observados, tal como se desprende del Memorando N° 007-2011-GDUR-MDCHH/RCSR/SGESO de fecha 10 de enero del 2011, Memorando N° 009-2011-GDUR-MDCHH/RCSR/SGESO de fecha 17 de enero del 2011, Memorando N° 014-2011-GDUR-MDCHH/RCSR/SGESO de fecha 20 de enero del 2011 e Informe N° 226-2011-GDUR-MDCHH/RCS/SGESO de fecha 16 de mayo del 2011.

En este sentido, la demandada refiere que el aval del supervisor de que la obra se encontraba totalmente concluida y, que se ha subsanado todas las observaciones conforme lo sustenta el demandante, resulta cuestionable y apartado de la realidad, pues solo busca justificar o sustentar el cumplimiento de sus obligaciones contractuales, más aún si a la fecha las valorizaciones correspondientes al mes de diciembre del 2010, (Valorización N° 04) avaladas por el supervisor han sido observadas.

Respecto a la aplicación de la penalidad impuesta por la Entidad, la cual fuera comunicada por ésta mediante Carta N° 059-2011-GDUR-MDCHH/RCSR/SGESO, Carta N° 0017-2011-CONSORCIO MACHAC/RL y la emisión de la Resolución Gerencial N° 240-2011-MDCHH/GM, precisando la demandada que:

- La Entidad, luego de poner en conocimiento de la demandante el no levantamiento de las observaciones, mediante Carta N° 049-2011-GDUR-MDCHH/RCSR/SGESO, le notificó nuevamente mediante Carta N° 059-2011-GDUR-MDCHH/RCSR/SGESO, el no levantamiento de las observaciones, la misma que fuera recepcionada con fecha 20 de abril del 2011, dándole a conocer el Informe N° 006-2011-GDUR-MDCHH/COMITÉ sobre subsanación de observaciones realizadas y cálculo de pago de penalidad de obra de acuerdo al

PL

EL

Artículo 210° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, ya que a partir del 08 de abril del 2011 - al día siguiente de notificado de las observaciones mediante Carta N° 049-2011-GDUR-MDCHH/RCSR/SGESO - empezaba a correr el plazo para continuar con el levantamiento de las observaciones, con una penalidad diaria de S/. 7,226.72 nuevos soles, hasta alcanzar el monto máximo de penalidad (10%) que ascendía a S/. 130,081.14 nuevos soles; sin embargo el demandante no ha cumplido con subsanarlas, llegando a acumular el máximo de la penalidad con fecha 26 de abril del 2011.

- La acumulación máxima de penalidad dio lugar a que la Entidad emitiera la Resolución Gerencial N° 240-2011-MDCHH/GM de fecha 09 de agosto del 2011, donde decide entre otros aspectos Resolver el Contrato N° 043-2010-MDCH/GM por haber acumulado el Consorcio Machac el máximo de la penalidad, equivalente al 10% del monto total del contrato, establecida en la cláusula décimo sexta. Acto administrativo que fuera notificado al Consorcio Machac con fecha 12 de agosto del 2011, para luego con fecha 16 del mismo mes y año proceda a realizarse la constatación física e inventario de la obra en presencia de los representantes de la Entidad y el demandante.
- De lo antes referido claramente se observa que el demandante tuvo pleno conocimiento de todos los actos, por lo que era su obligación contractual cumplir con la ejecución de obra de acuerdo al expediente técnico, y subsanar en su oportunidad todas las observaciones, y al no subsanarlas legítimamente dio lugar a que la Entidad resuelva el contrato.

Cabe indicar, que la demandada expresa que la Carta Notarial de fecha 11 de agosto del 2011, a través de la cual, se notificó la Resolución Gerencial N° 240-2011-MDCHH/GM de fecha 09 de agosto del 2011, por un Juez de Paz de Chavín de Huántar, fue recibida personalmente por el representante legal del Consorcio Machac, Sr. Marco Maguiña Cáceres.

Al respecto, el Artículo 40° de la Ley de Contrataciones del Estado dispone: "(...) c)... mediante remisión por la vía notarial del documento en el que se manifieste esta decisión (...)"; del mismo modo el Artículo 169° establece que: "(...) comunicando mediante carta notarial la decisión de resolver el contrato (...)".

De los mandatos contenidos en los dispositivos legales citados en el párrafo precedente, se advierte que la decisión debe ser comunicada vía notarial; sin

25

embargo, la Entidad refiere que su representada cumplió con comunicar la decisión de resolver el contrato por intermedio del Juez de Paz de Chavín de Huántar, según se advierte de la certificación que obra en el cargo, precisando que ello, lo realizó de conformidad a lo establecido por la Ley Orgánica del Poder Judicial, la cual expresa que: "(...) en los lugares donde no existe un Notario Público, el Juez de Paz No Letrado cumple funciones notariales (...)".

Por lo tanto, dicha parte añade que es completamente acorde al sistema jurídico la notificación efectuada por su representada, la misma que contenía la decisión de resolver el contrato.

En lo que concierne a que la Resolución Gerencial N° 00240-2011-MDCHH/GM cuenta con una serie de falsedades que invalidan su emisión, la Entidad manifiesta que en la notificación de una resolución nunca se notifica los antecedentes, en este sentido resulta absurdo lo que señala el demandante que no se le notificó junto con la resolución, el informe de asesoría jurídica al que hace referencia la resolución contractual.

1.3 POSICIÓN DEL ÁRBITRO ÚNICO

Para llevar a cabo un análisis de este punto controvertido, es preciso hacer un recuento de los hechos relacionados de forma directa con la controversia, así como respecto a la suscripción del Contrato y a los documentos materia de cuestionamiento, los cuales son los siguientes: Informe N° 001-2011-GDUR-MDCHH/COMITÉ –por medio del cual, se da cuenta de la subsanación de las observaciones-, Informe N° 006-2011-GDUR-MDCHH/COMITÉ –a través del cual, se da cuenta de la supuesta aplicación de penalidades- y, la Resolución Gerencial N° 240-2011-MDCHH/GM –a través de la cual, la demandada Resuelve el Contrato-, documentos que fueron emitidos por la Municipalidad Distrital de Chavín de Huántar.

Así, esta controversia deriva del Contrato N° 043-2010-MDCHH/GM⁵ (En adelante el Contrato) para la Elaboración del Expediente Técnico y Ejecución de la Obra denominada: "Construcción y Equipamiento del Puesto de Salud de Machac, Microred Chavín de Huántar, Red Conchucos Sur, Distrito de Chavín de Huántar – Huari – Ancash", derivado de la Licitación Pública N° 02-2010-MDCHH/CE (PRIMERA

⁵ Ver el Medio Probatorio "1." del escrito de Demanda de fecha 30 de enero de 2012.

11:

11.

Dr. Carlos Alberto Matheus López.

CONVOCATORIA) por el sistema a Suma Alzada y bajo la modalidad de Concurso Oferta, celebrado entre el Consorcio Machac y la Municipalidad Distrital de Chavín de Huántar.

De lo establecido en la Cláusula Trigésimo Cuarta del Contrato N° 043-2010-MDCHH/GM para la Elaboración del Expediente Técnico y Ejecución de la Obra, se puede apreciar que todos los conflictos que se susciten durante la etapa de ejecución contractual, deberán solucionarse de manera definitiva e inapelable mediante arbitraje de derecho.

Asimismo, debe precisarse que las condiciones, requisitos y obligaciones de las partes, se encuentran enmarcadas dentro de la Normatividad de Contrataciones del Estado aplicable, esto es: i) La Ley de Contrataciones del Estado – Decreto Legislativo N° 1017; y, ii) El Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado – Decreto Supremo N° 184-2008-EF.

Luego de haber establecido el marco legal mediante el cual, se procederán a analizar las controversias surgidas, este Árbitro Único toma en cuenta que el Contrato celebrado ha sido suscrito por ambas partes, razón por la cual, se entiende que las cláusulas contenidas en el mismo son de conocimiento de ambas, no pudiendo actuar éstas, de forma contraria o no respetando los lineamientos que se han establecido de antemano en el mencionado Contrato N° 043-2010-MDCHH/GM para la Elaboración del Expediente Técnico y Ejecución de la Obra.

Al respecto, debemos indicar que el presente Contrato tiene como objeto la elaboración del Expediente Técnico y la posterior Ejecución de la Obra denominada: *"Construcción y Equipamiento del Puesto de Salud de Machac, Microred Chavín de Huántar, Red Conchucos Sur, Distrito de Chavín de Huántar – Huari – Ancash"*.

Para ello debemos recurrir a la Cláusula Sexta del Contrato, la cual establece los plazos para las citadas prestaciones:

"CLÁUSULA SEXTA: PLAZO Y PRORROGA

De conformidad con lo señalado en las bases Administrativas del proceso de adjudicación y a lo ofertado por EL CONTRATISTA, la obra deberá ejecutarse en un plazo máximo de 150 (Ciento Cincuenta) días calendarios repartidos de la siguiente manera:

1-1

6

✓ Treinta (30) días calendarios para la elaboración del Expediente Técnico y,

✓ Ciento Veinte (120) días calendario para la ejecución de obra

➤ **Plazo de entrega del Terreno**

El terreno o lugar donde se ejecutara la obra será entregado a EL CONTRATISTA dentro de los ocho (08) días siguientes de la firma del presente contrato.

➤ **Inicio y Terminio del Plazo de Ejecución**

El CONTRATISTA se obliga a ejecutar la obra materia de este contrato, en un plazo de Ciento Cincuenta (150) días calendarios, contados a partir del día siguiente en que se cumplan las condiciones establecidas en el Artículo 184° del Reglamento⁶.

Este plazo no podrá ser prorrogado, salvo por las condiciones establecidas en el Artículo 200° del "Reglamento", pero de ningún modo podrá acordar prorroga si las causas que la motivan son de responsabilidad de EL CONTRATISTA".

De dicha cláusula se puede observar que el Consorcio Machac contaba con ciento cincuenta (150) días calendario para la elaboración del Expediente Técnico y la posterior Ejecución de la Obra.

De los documentos que obran en autos se puede observar que el Consorcio Machac cumplió con la primera prestación que estaba a su cargo, referida a la elaboración del Expediente Técnico, cumpliendo con remitir a la Municipalidad Distrital de Chavín de Huántar dicho expediente terminado. Debe precisarse también que dicho expediente fue aprobado por la Entidad demandada a través de la Resolución de Alcaldía N° 376-2010-MDCHH de fecha 20 de setiembre de 2010.

Respecto de la segunda prestación referida a la ejecución de la obra, se debe tener en cuenta que de la documentación presentada, se puede observar que en relación a ella, surgieron diversas controversias, las cuales se encuentran estrictamente vinculadas a los documentos materia de cuestionamiento en el presente punto controvertido.

⁶ El sombreado y subrayado es nuestro.

Es por ello, que este Árbitro Único considera conveniente proceder al análisis de cada uno de los documentos materia de cuestionamiento en el presente punto controvertido.

- Informe N° 001-2011-GDUR-MDCHH/COMITÉ de fecha 14 de marzo de 2011

Previo a pasar a analizar lo establecido en el Informe N° 001-2011-GDUR-MDCHH/COMITÉ es necesario tener presente lo siguiente:

Con fecha 10 de enero de 2011, el Consorcio Machac a través del Asiento N° 162 del Cuaderno de Obra expresa a letra lo siguiente:

"Asiento N° 162 DEL RESIDENTE⁷

(...)

El día de hoy se ha culminado en su totalidad con la ejecución de la obra, habiéndose ejecutado todas sus partidas conformantes del expediente técnico⁸.

Habiéndose culminado con la ejecución de la obra, se solicita la recepción de la misma, para lo cual se le solicita al Supervisor informar a la Entidad para la conformación del Comité de Recepción".

A través de Carta N° 009-2010/MACHAC-SUP-JOG⁹ de fecha 13 de enero de 2011, el supervisor de la obra Ing. Juan Emilio Ortega García comunicó la culminación de la obra a la Municipalidad Distrital de Chavín de Huántar.

Posteriormente, la Entidad emitió la Resolución Gerencial N° 0005-2011-MDCHH/GM¹⁰ de fecha 25 de enero de 2011, por medio de la cual designa a los integrantes del Comité de Recepción, conforme consta de la siguiente manera:

⁷ Ver el Medio Probatorio "3)" del escrito de Demanda de fecha 30 de enero de 2012.

⁸ El sombreado y subrayado es nuestro.

⁹ Ver el Medio Probatorio "4)" del escrito de Demanda de fecha 30 de enero de 2012.

¹⁰ Ver el Medio Probatorio "5)" del escrito de Demanda de fecha 30 de enero de 2012.

H.

e.

"ARTÍCULO PRIMERO: CONFORMARSE el Comité de Recepción de la Obra "CONSTRUCCIÓN Y EQUIPAMIENTO DE PUESTO DE SALUD DE MACHAC, MICRORED CHAVÍN DE HUÁNTAR – PROVINCIA DE HUARI" integrado por los siguientes funcionarios:

1. Ingeniero Víctor Moisés Obregón Espinoza: Presidente
2. Ingeniero Roberto Sánchez Recuay: 1 Miembro
3. Sr. Jaime Martín Díaz Casimiro: 2 Miembro."

Es por ello, que mediante Memorando N° 017-2011-GDUR-MDCHH/RCSR/SGESO¹¹ de fecha 08 de febrero 2011, la Entidad demandada comunica al Contratista que el día 11 de febrero de 2011 a las 9:00 horas, se llevaría a cabo la recepción de la obra en el lugar donde se efectuó ésta.

Así pues, el día 11 de febrero de 2011, se constituyeron en el lugar de la obra, los miembros del Comité de Recepción de Obra, y el Ingeniero Residente de Obra, efectuando la revisión del Expediente Técnico y la inspección de los diferentes frentes de obra. Luego del recorrido en la obra, los miembros del Comité de Recepción verificaron la ejecución de los trabajos, y finalmente no recibieron la obra, ya que formularon observaciones, conforme consta del Acta de Observaciones¹².

Debido a las observaciones formuladas se otorgó al Contratista un décimo (1/10) del plazo de ejecución de la obra para subsanar las mismas, de conformidad con el numeral 2) del Artículo 210° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado¹³. Este plazo se empezaría a computar a partir del quinto día de suscrita el Acta de Observaciones. Dicho plazo vencía el 28 de febrero de 2011.

¹¹ Ver el Medio Probatorio "6)" del escrito de Demanda de fecha 30 de enero de 2012.

¹² Ver el Medio Probatorio "7)" del escrito de Demanda de fecha 30 de enero de 2012.

¹³ **"Artículo 210°.- Recepción de la Obra y plazos**
(...)

2. De existir observaciones, éstas se consignarán en un Acta o Pliego de Observaciones y no se recibirá la obra. A partir del día siguiente, el contratista dispondrá de un décimo (1/10) del plazo de ejecución vigente de la obra para subsanar las observaciones, plazo que se computará a partir del quinto día de suscrito el Acta o Pliego. Las obras que se ejecuten como consecuencia de observaciones no darán derecho al pago de ningún concepto a favor del contratista ni a la aplicación de penalidad alguna. (...)"

11:

E.

Dr. Carlos Alberto Matheus López.

El Contratista mediante Asiento N° 177 de fecha 28 de febrero de 2011¹⁴, comunica el levantamiento del total de las observaciones y solicita a la supervisión que proceda a comunicar ello a la Entidad. Ante esa situación, el Supervisor a través de Carta N° 023-2011/MACHA-SUP-JOG¹⁵ de fecha 02 de marzo de 2011, informa a la Municipalidad Distrital de Chavín de Huántar el levantamiento del total de las observaciones solicitando se programe nueva fecha para la recepción definitiva de la obra.

En atención a ello, la Entidad a través de Carta N° 034-2011-GDUR-MDCHH/RCSR/SGESO¹⁶ de fecha 10 de marzo de 2011, comunicó al Contratista la nueva fecha para la recepción de la obra para el día 11 de marzo de 2011 a las 08:30 horas.

De la documentación que obra en autos se puede observar que ninguna de las partes ha presentado el Acta respectiva (en la fecha y hora programada para ello), que permita acreditar que se procedió a llevar a cabo el levantamiento o no de las observaciones y, la posterior recepción de la obra, de ser el caso.

Cabe precisar que a lo largo del proceso el Consorcio Machac ha referido que en la fecha y hora programada por la Entidad para la recepción de obra no se procedió a suscribir acta alguna. Por otro lado, la Municipalidad Distrital de Chavín de Huántar ha manifestado en su escrito de contestación de demanda y reconvención que sí se habría suscrito el Acta respectiva donde se dejaría constancia que el Contratista no cumplió con levantar la totalidad de las observaciones; sin embargo, dicha parte nunca ha cumplido con presentar ese documento que acredite lo indicado por ésta.

Al respecto, cabe indicar que la carga de la prueba consiste en que aquella parte que alega un hecho debe demostrarlo mediante los medios probatorios que acrediten su afirmación.

De esta manera, en el presente arbitraje, a la Entidad demandada le corresponde la carga de acreditar el Acta respectiva donde se dejaría constancia que el Consorcio Machac no cumplió con levantar la totalidad de las observaciones, conforme lo

¹⁴ Ver el Medio Probatorio "9)" del escrito de Demanda de fecha 30 de enero de 2012.

¹⁵ Ver el Medio Probatorio "10)" del escrito de Demanda de fecha 30 de enero de 2012.

¹⁶ Ver el Medio Probatorio "11)" del escrito de Demanda de fecha 30 de enero de 2012.

e.

14:

Dr. Carlos Alberto Matheus López.

establece el numeral 3) del Artículo 210° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado¹⁷.

Sin embargo, de los medios probatorios presentados por la Entidad demandada durante la realización del presente arbitraje, no se advierte que ésta haya demostrado que se haya levantado el Acta respectiva, siendo esta situación de su responsabilidad.

Por lo tanto, este Arbitro Único determina que al no haberse acreditado fehacientemente que la Entidad junto con el Comité de Recepción (designados para ello) procedieron a recepcionar la obra en la fecha y hora programada para ello, de ello se establece que a la fecha, la obra no ha sido recepcionada por la Municipalidad Distrital de Chavín de Huántar, ni por su Comité de Recepción.

Siendo, que la obra nunca fue recepcionada por la Entidad demandada, conforme consta de la documentación que se ha presentado a lo largo del presente proceso, solo se puede advertir que lo único que ha sido emitido por parte del Comité de Recepción –es decir, no todo el Comité de Recepción designado por la Entidad para tal acto, sino solo dos de sus miembros- es el Informe N° 001-2011-GDUR-MDCHH/COMITÉ¹⁸ (materia de cuestionamiento en el presente punto controvertido) de fecha 14 de marzo de 2011, recepcionado por la Entidad el 16 de marzo de 2011, a través del cual informa a la Entidad que las observaciones realizadas mediante Acta de Observaciones de fecha 11 de febrero de 2011, no han sido subsanadas en su totalidad por el Consorcio Machac.

De esta manera, luego del recuento de los hechos y teniendo en cuenta que la presente pretensión versa sobre la nulidad del Informe N° 001-2011-GDUR-MDCHH/COMITÉ de fecha 14 de marzo de 2011 y, en consecuencia, se deje sin

¹⁷ ***“Artículo 210°.- Recepción de la Obra y plazos
(...)”***

3. En caso que el contratista o el comité de recepción no estuviese conforme con las observaciones o la subsanación, según corresponda, anotará la discrepancia en el acta respectiva. El comité de recepción elevará al Titular de la Entidad, según corresponda, todo lo actuado con un informe sustentado de sus observaciones en un plazo máximo de cinco (5) días. La Entidad deberá pronunciarse sobre dichas observaciones en igual plazo. De persistir la discrepancia, ésta se someterá a conciliación y/o arbitraje, dentro de los quince (15) días siguientes al pronunciamiento de la Entidad. (...)”

¹⁸ Ver el Medio Probatorio “14)” del escrito de Demanda de fecha 30 de enero de 2012.

11.

e.

Dr. Carlos Alberto Matheus López.

efecto el mismo, este Árbitro Único considera necesario hacer unas cuantas precisiones en relación a la nulidad.

Al respecto, debemos tener presente que las causales de nulidad se encuentran reguladas en el Artículo 219° del Código Civil, las cuales son las siguientes:

"Artículo 219°.- Causales de Nulidad

El acto jurídico es nulo:

- 1. Cuando falta la manifestación de voluntad del agente.*
- 2. Cuando se haya practicado por persona absolutamente incapaz, salvo lo dispuesto en el artículo 1358.*
- 3. Cuando su objeto es física o jurídicamente imposible o cuando sea indeterminable.*
- 4. Cuando su fin sea ilícito.*
- 5. Cuando adolezca de simulación absoluta.*
- 6. Cuando no revista la forma prescrita bajo sanción de nulidad.*
- 7. Cuando la ley lo declara nulo.*
- 8. En el caso del artículo V del Título Preliminar, salvo que la ley establezca sanción diversa".*

Asimismo, la figura de la nulidad se encuentra enmarcada en el Artículo 220° del Código Civil, el cual establece que:

"Artículo 220°.- Alegación de la Nulidad

La nulidad a que se refiere el artículo 219° puede ser alegada por quienes tengan interés o por el Ministerio Público.

Puede ser declarada de oficio por el juez cuando resulte manifiesta.

No puede subsanarse por la confirmación".

De los dispositivos legales descritos podemos advertir que la nulidad de un acto jurídico se debe a la falta de los elementos esenciales (voluntad, agente capaz, objeto física y jurídicamente posible, fin lícito, etc.); motivo por el cual, al momento de realizar el acto jurídico si faltase uno de éstos o todos estos elementos, entonces éste sería nulo de pleno derecho (*ipsu jure*); por lo tanto, el acto jurídico nacería muerto sin causar ningún efecto jurídico posterior.

Teniendo presente lo indicado, corresponde verificar si el Informe N° 001-2011-

Dr. Carlos Alberto Matheus López.

GDUR-MDCHH/COMITÉ de fecha 14 de marzo de 2011, cumple o no con los elementos esenciales:

- **Cuando falta la manifestación de voluntad del agente:** Como se puede observar en el presente caso no existe manifestación de voluntad de todos los miembros del Comité de Recepción, debido a que dicho informe solo ha sido suscrito por dos de los miembros que lo integran.

Del análisis del primer requisito de nulidad analizado, podemos advertir que el Informe N° 001-2011-GDUR-MDCHH/COMITÉ de fecha 14 de marzo de 2011, carece de uno de los elementos esenciales denominado: "*Falta de Manifestación de Voluntad del Agente*"; motivo por el cual, a falta de uno de los elementos esenciales resulta nulo este acto jurídico, siendo por ello innecesario el análisis de los demás elementos de nulidad.

Sin perjuicio de lo manifestado precedentemente y, siendo que la presente pretensión versa sobre la nulidad del Informe N° 001-2011-GDUR-MDCHH/COMITÉ de fecha 14 de marzo de 2011, a través del cual parte del Comité de Recepción –es decir, no todo el Comité de Recepción designado por la Entidad para tal acto, sino solo dos de sus miembros- informa a la Entidad que las observaciones realizadas mediante Acta de Observaciones de fecha 11 de febrero de 2011, no han sido subsanadas en su totalidad por el Consorcio Machac, por lo que este Árbitro Único considera necesario analizar qué establece el Contrato, la Ley y el Reglamento de Contrataciones del Estado aplicables a la controversia, y si se debería dejar sin efecto o no, el mencionado documento.

Al respecto, el Contrato N° 043-2010-MDCHH/GM, en su Cláusula Décimo Séptima establece que:

"CLÁUSULA DÉCIMA SEPTIMA: RECEPCIÓN DE OBRA

De conformidad a lo dispuesto en el artículo 210° del Reglamento y teniendo presente las consideraciones técnicas de la presente obra se determina que podrá efectuarse recepciones parciales de las secciones terminales en caso LA MUNICIPALIDAD lo requiere."

De la misma manera, el Artículo 210° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado (en adelante, el Reglamento), aprobado mediante Decreto Supremo N° 184-2008-EF establece el procedimiento a seguir para la Recepción de la Obra¹⁹.

De esta manera, de lo expuesto se tiene que el Contrato nos remite al procedimiento contenido en el Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado;

¹⁹ **“Artículo 210°.- Recepción de la Obra y plazos**

1. En la fecha de la culminación de la obra, el residente anotará tal hecho en el cuaderno de obras y solicitará la recepción de la misma. El inspector o supervisor, en un plazo no mayor de cinco (5) días posteriores a la anotación señalada, lo informará a la Entidad, ratificando o no lo indicado por el residente.

En caso que el inspector o supervisor verifique la culminación de la obra, la Entidad procederá a designar un comité de recepción dentro de los siete (7) días siguientes a la recepción de la comunicación del inspector o supervisor. Dicho comité estará integrado, cuando menos, por un representante de la Entidad, necesariamente ingeniero o arquitecto, según corresponda a la naturaleza de los trabajos, y por el inspector o supervisor.

En un plazo no mayor de veinte (20) días siguientes de realizada su designación, el Comité de Recepción, junto con el contratista, procederá a verificar el fiel cumplimiento de lo establecido en los planos y especificaciones técnicas y efectuará las pruebas que sean necesarias para comprobar el funcionamiento de las instalaciones y equipos.

Culminada la verificación, y de no existir observaciones, se procederá a la recepción de la obra, teniéndose por concluida la misma, en la fecha indicada por el contratista. El Acta de Recepción deberá ser suscrita por los miembros del comité y el contratista.

2. De existir observaciones, éstas se consignarán en un Acta o Pliego de Observaciones y no se recibirá la obra. A partir del día siguiente, el contratista dispondrá de un décimo (1/10) del plazo de ejecución vigente de la obra para subsanar las observaciones, plazo que se computará a partir del quinto día de suscrito el Acta o Pliego. Las obras que se ejecuten como consecuencia de observaciones no darán derecho al pago de ningún concepto a favor del contratista ni a la aplicación de penalidad alguna.

Subsanadas las observaciones, el contratista solicitará nuevamente la recepción de la obra en el cuaderno de obras, lo cual será verificado por el inspector o supervisor e informado a la Entidad, según corresponda, en el plazo de tres (3) días siguientes de la anotación. El comité de recepción junto con el contratista se constituirán en la obra dentro de los siete (7) días siguientes de recibido el informe del inspector o supervisor. La comprobación que realizará se sujetará a verificar la subsanación de las observaciones formuladas en el Acta o Pliego, no pudiendo formular nuevas observaciones.

De haberse subsanado las observaciones a conformidad del comité de recepción, se suscribirá el Acta de Recepción de Obra.

3. En caso que el contratista o el comité de recepción no estuviese conforme con las observaciones o la subsanación, según corresponda, anotará la discrepancia en el acta respectiva. El comité de recepción elevará al Titular de la Entidad, según corresponda, todo lo actuado con un informe sustentado de sus observaciones en un plazo máximo de cinco (5) días. La Entidad deberá pronunciarse sobre dichas observaciones en igual plazo. De persistir la discrepancia, ésta se someterá a conciliación y/o arbitraje, dentro de los quince (15) días siguientes al pronunciamiento de la Entidad.

4. Si vencido el cincuenta por ciento (50%) del plazo establecido para la subsanación, la Entidad comprueba que no se ha dado inicio a los trabajos correspondientes, salvo circunstancias justificadas debidamente acreditadas por el contratista, dará por vencido dicho plazo, ésta intervendrá y subsanará las observaciones con cargo a las valorizaciones pendientes de pago o de acuerdo al procedimiento establecido en la directiva que se apruebe conforme a lo establecido en el tercer párrafo del artículo 206.

5. Todo retraso en la subsanación de las observaciones que exceda del plazo otorgado, se considerará como demora para efectos de las penalidades que correspondan y podrá dar lugar a que la Entidad resuelva el contrato por incumplimiento. Las penalidades a que se refiere el presente artículo podrán ser aplicadas hasta el tope señalado en la Ley, el Reglamento o el contrato, según corresponda.

6. Está permitida la recepción parcial de secciones terminadas de las obras, cuando ello se hubiera previsto expresamente en las Bases, en el contrato o las partes expresamente lo convengan. La recepción parcial no exime al contratista del cumplimiento del plazo de ejecución; en caso contrario, se le aplicarán las penalidades correspondientes.

7. Si por causas ajenas al contratista la recepción de la obra se retardara, superando los plazos establecidos en el presente artículo para tal acto, el lapso de la demora se adicionará al plazo de ejecución de la misma y se reconocerá al contratista los gastos generales debidamente acreditados, en que se hubiese incurrido durante la demora.

8. Si en el proceso de verificación de la subsanación de las observaciones, el comité de recepción constata la existencia de vicios o defectos distintos a las observaciones antes formuladas, sin perjuicio de suscribir el Acta de Recepción de Obra, informará a la Entidad para que ésta solicite por escrito al contratista las subsanaciones del caso, siempre que constituyan vicios ocultos”.

11:

6.

razón por la cual, el procedimiento al que nos ceñiremos a fin de realizar un análisis, será el establecido en el Reglamento de Contrataciones del Estado y en la cláusula contractual precitada.

En atención a ello, y conforme se indicara precedentemente, la Entidad a través de Carta N° 034-2011-GDUR-MDCHH/RCSR/SGESO²⁰ de fecha 10 de marzo de 2011, comunicó al Contratista la nueva fecha para la recepción de la obra para el día 11 de marzo de 2011 a las 08:30 horas.

Así, de las pruebas documentales presentadas por las partes a lo largo del presente proceso, y conforme a lo establecido en párrafos precedentes, el Árbitro Único concluyó que en la fecha y hora programada para la recepción de la obra, no se llevó a cabo dicha diligencia, debido a que no se ha presentado el medio probatorio que demuestre lo contrario; por lo que, a su juicio estableció que al no haberse acreditado fehacientemente que la Entidad junto con el Comité de Recepción (designados para ello) procedieran a recepcionar la obra en la fecha y hora programada para ello, podría establecerse que a dicha fecha la obra no había sido recepcionada por la Municipalidad Distrital de Chavín de Huántar, ni por su Comité de Recepción.

Ahora, debe resaltarse que posteriormente con fecha 14 de marzo de 2011, parte del Comité de Recepción remitió a la Entidad -el día 16 de marzo de 2011- el Informe N° 001-2011-GDUR-MDCHH/COMITÉ²¹ (materia de cuestionamiento en el presente punto controvertido) por medio del cual informa a la Entidad que las observaciones realizadas mediante Acta de Observaciones de fecha 11 de febrero de 2011, no han sido subsanadas en su totalidad por el Consorcio Machac.

Al respecto, se debe tener presente que dicho documento no ha sido suscrito por todos los miembros del Comité de Recepción, sino únicamente por el Ing. Víctor Moisés Obregón Espinoza, en su calidad de Presidente del Comité de Recepción y, el Ing. Roberto Carlo Sánchez Recuay, en su calidad de Primer Miembro del Comité de Recepción. Asimismo, en dicho documento no se señalan las razones por las cuales, el Segundo Miembro del Comité de Recepción, Sr. Jaime Martín Díaz Casimiro no participa de la elaboración del cuestionado informe.

²⁰ Ver el Medio Probatorio "11)" del escrito de Demanda de fecha 30 de enero de 2012.

²¹ Ver el Medio Probatorio "14)" del escrito de Demanda de fecha 30 de enero de 2012.

11.

e.

Adicionalmente, fuera de que dicho informe no ha sido suscrito por todos los integrantes del Comité de Recepción, el mismo no cumple con el procedimiento dispuesto en el numeral 3) del Artículo 210º del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, el cual establece a la letra que:

**"Artículo 210º.- Recepción de la Obra y plazos
(...)**

3. En caso que el contratista o el comité de recepción no estuviese conforme con las observaciones o la subsanación, según corresponda, anotará la discrepancia en el acta respectiva. El comité de recepción elevará al Titular de la Entidad, según corresponda, todo lo actuado con un informe sustentado de sus observaciones en un plazo máximo de cinco (5) días²². La Entidad deberá pronunciarse sobre dichas observaciones en igual plazo. De persistir la discrepancia, ésta se someterá a conciliación y/o arbitraje, dentro de los quince (15) días siguientes al pronunciamiento de la Entidad. (...)"

De esta manera, y conforme a lo dispuesto en el dispositivo legal precedente, en el hipotético caso de que el Consorcio Machac no hubiera cumplido con levantar el total de las observaciones realizadas a través del Acta de Observaciones de fecha 11 de febrero de 2011, era de responsabilidad del Comité de Recepción dejar constancia de ello y, proceder a anotar dichas circunstancias en el acta respectiva, para que posteriormente todos los integrantes del Comité de Recepción - designados por la Entidad- procedan a emitir su informe que sustente el por qué de sus observaciones en el plazo que la norma indica.

En ese sentido, se puede observar que en el presente caso, el Comité de Recepción no cumplió con dejar constancia que el Consorcio Machac no había levantado el total de las observaciones en el acta respectiva, ni mucho menos todos los integrantes del Comité de Recepción procedieron a emitir su informe que sustente el por qué de sus observaciones.

De esta manera, en razón a todas las consideraciones expuestas en el presente análisis, este Árbitro Único considera que este extremo de la presente pretensión

²² El sombreado y subrayado es nuestro.

e.

h.

Dr. Carlos Alberto Matheus López.

debe ser declarada fundado, es decir, debe declararse la nulidad del Informe N° 001-2011-GDUR-MDCHH/COMITÉ de fecha 14 de marzo de 2011, en vista de que el mismo no cuenta con todos los elementos esenciales para la validez de un acto jurídico, debido a que las observaciones contenidas en dicho documento no han sido consideradas por todos los miembros del Comité de Recepción y, también porque el mismo no se ha realizado acorde a lo dispuesto en el numeral 3) del Artículo 210° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

- Informe N° 006-2011-GDUR-MDCHH/COMITÉ de fecha 20 de abril de 2011

Previo a pasar a analizar lo establecido en el Informe N° 006-2011-GDUR-MDCHH/COMITÉ es necesario tener presente lo siguiente:

Con fecha 07 de abril de 2011, la Municipalidad Distrital de Chavín de Huántar había notificado al Consorcio Machac la Carta N° 049-2011-GDUR-MDCHH/RCSR/SGESO²³ de fecha 05 de abril de 2011, la misma que contenía adjunto el Informe N° 001-2011-GDUR-MDCHH/COMITÉ (materia de cuestionamiento en el análisis anterior) por medio del cual, algunos de los miembros del Comité de Recepción –es decir, no todo el Comité de Recepción designado por la Entidad, sino solo dos de sus miembros– informaron que las observaciones realizadas mediante el Acta de Observaciones de fecha 11 de febrero de 2011, no habían sido subsanadas en su totalidad por el Consorcio Machac.

Posteriormente, a través de Carta N° 059-2011-GDUR-MDCHH/RCSR/SGESO²⁴ de fecha 20 de abril de 2011, la Entidad remitió al Consorcio Machac el Informe N° 006-2011-GDUR-MDCHH/COMITÉ²⁵ (materia de cuestionamiento en el presente punto controvertido) a través del cual, algunos de los miembros del Comité de Recepción –es decir, no todo el Comité de Recepción designado por la Entidad, sino solo dos de sus miembros– manifestaron que a partir del 08 de abril de 2011 –es decir, a partir del día siguiente de notificado el Informe N° 001-2011-GDUR-MDCHH/COMITÉ por medio del cual, manifestaran al Contratista que su representada no ha cumplido con levantar todas las observaciones– se computaba el plazo para continuar con la subsanación de las observaciones con una penalidad

²³ Ver el Medio Probatorio "13)" del escrito de Demanda de fecha 30 de enero de 2012.

²⁴ Ver el Medio Probatorio "16)" del escrito de Demanda de fecha 30 de enero de 2012.

²⁵ Ver el Medio Probatorio "16)" del escrito de Demanda de fecha 30 de enero de 2012.

Dr. Carlos Alberto Matheus López.

diaria de S/. 7,226.72 nuevos soles hasta alcanzar la máxima penalidad que asciende a S/. 130,081.14 nuevos soles (10% del contrato de ejecución).

Ante ello, el Consorcio Machac a través de Carta N° 0016-2011-CONSORCIO MACHAC/RL²⁶ de fecha 25 de abril de 2011, manifestó a la Entidad su disconformidad al Informe N° 001-2011-GDUR-MDCHH/COMITÉ, en razón de que en ningún momento se suscribió acta alguna, precisando además que durante el tiempo que duró el levantamiento o subsanación de observaciones, el supervisor estuvo presente dando su conformidad tanto en el cuaderno de obra, como en la Carta N° 023-2011/MACHAC-SUP-JOG²⁷.

Asimismo, a través de Carta N° 0017-2011-CONSORCIO MACHAC/RL²⁸ de fecha 25 de abril de 2011, el Contratista reitera a la Entidad los graves errores en los que está incurriendo, solicitando que se deje sin efecto el Informe N° 006-2011-GDUR-MDCHH/COMITÉ.

De esta manera, luego del recuento de los hechos, y teniendo en cuenta que la presente pretensión versa sobre la nulidad del Informe N° 006-2011-GDUR-MDCHH/COMITÉ de fecha 20 de abril de 2011 y, en consecuencia se deje sin efecto el mismo, este Árbitro Único considera necesario hacer unas cuantas precisiones en relación a la nulidad.

Al respecto, debemos tener presente que las causales de nulidad se encuentran reguladas en el Artículo 219° del Código Civil, las cuales son las siguientes:

"Artículo 219°.- Causales de Nulidad

El acto jurídico es nulo:

- 1. Cuando falta la manifestación de voluntad del agente.*
- 2. Cuando se haya practicado por persona absolutamente incapaz, salvo lo dispuesto en el artículo 1358.*
- 3. Cuando su objeto es física o jurídicamente imposible o cuando sea indeterminable.*
- 4. Cuando su fin sea ilícito.*
- 5. Cuando adolezca de simulación absoluta.*

²⁶ Ver el Medio Probatorio "15)" del escrito de Demanda de fecha 30 de enero de 2012.

²⁷ Ver el Medio Probatorio "10)" del escrito de Demanda de fecha 30 de enero de 2012.

²⁸ Ver el Medio Probatorio "17)" del escrito de Demanda de fecha 30 de enero de 2012.

14:

6. Cuando no revista la forma prescrita bajo sanción de nulidad.

7. Cuando la ley lo declara nulo.

8. En el caso del artículo V del Título Preliminar, salvo que la ley establezca sanción diversa”.

Asimismo, la figura de la nulidad se encuentra enmarcada en el Artículo 220° del Código Civil, el cual establece que:

"Artículo 220°.- Alegación de la Nulidad

La nulidad a que se refiere el artículo 219° puede ser alegada por quienes tengan interés o por el Ministerio Público.

Puede ser declarada de oficio por el juez cuando resulte manifiesta.

No puede subsanarse por la confirmación”.

De los dispositivos legales descritos podemos advertir que la nulidad de un acto jurídico se debe a la falta de los elementos esenciales (voluntad, agente capaz, objeto física y jurídicamente posible, fin lícito, etc.); motivo por el cual, al momento de realizar el acto jurídico si faltase uno de éstos o todos estos elementos en éste, el acto jurídico sería nulo de pleno derecho (*ipsu jure*), por lo tanto, el acto jurídico nacería muerto sin causar ningún efecto jurídico posterior.

Teniendo presente lo indicado, corresponde verificar si el Informe N° 006-2011-GDUR-MDCHH/COMITÉ de fecha 20 de abril de 2011, cumple o no con los elementos esenciales:

- **Cuando falta la manifestación de voluntad del agente:** Como se puede observar en el presente caso no existe manifestación de voluntad de todos los miembros del Comité de Recepción, debido a que dicho informe solo ha sido suscrito por dos de los miembros que lo integran.

Del análisis del primer requisito de nulidad analizado, podemos advertir que el Informe N° 006-2011-GDUR-MDCHH/COMITÉ de fecha 20 de abril de 2011, carece de uno de los elementos esenciales denominado: *"Falta de Manifestación de Voluntad del Agente"*; motivo por el cual, a falta de uno de los elementos esenciales resulta nulo este acto jurídico, siendo por ello innecesario el análisis de los demás elementos de nulidad.

11:

E.

Sin perjuicio de lo manifestado precedentemente y, siendo que la presente pretensión versa sobre la nulidad del Informe N° 006-2011-GDUR-MDCHH/COMITÉ de fecha 20 de abril de 2011, a través del cual parte del Comité de Recepción –es decir, no todo el Comité de Recepción designado por la Entidad para tal acto, sino solo dos de sus miembros– informaron al Consorcio Machac que desde el 08 de abril de 2011 –es decir, a partir del día siguiente de notificado el Informe N° 001-2011-GDUR-MDCHH/COMITÉ por medio del cual, manifestaran al Contratista que su representada no ha cumplido con levantar todas las observaciones– se computaría el plazo para continuar con la subsanación de las observaciones con una penalidad diaria de S/. 7,226.72 nuevos soles hasta alcanzar la máxima penalidad que asciende a S/. 130,081.14 nuevos soles (10% del contrato de ejecución).

Debe tenerse en cuenta que dicho Informe N° 006-2011-GDUR-MDCHH/COMITÉ de fecha 20 de abril de 2011 –materia de cuestionamiento– por medio del cual parte del Comité informa que si no se levantan las observaciones se procederá a aplicar una penalidad diaria, se da porque previamente parte del Comité de Recepción había considerado que el Consorcio Machac no había levantado el total de las observaciones y, siendo que este Árbitro Único resolvió en el análisis precedente, que el Informe N° 001-2011-GDUR-MDCHH/COMITÉ de fecha 14 de marzo de 2011, es nulo debido que el mismo cuenta con todos los elementos esenciales para la validez de un acto jurídico, ya que las supuestas observaciones no fueron consideradas por todos los miembros del Comité de Recepción y, además porque el referido Comité no cumplió con el procedimiento dispuesto en el numeral 3) del Artículo 210° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, corresponde también declarar nulo el Informe N° 006-2011-GDUR-MDCHH/COMITÉ de fecha 20 de abril de 2011, no solo porque no cuenta con todos los elementos esenciales para la validez de un acto jurídico, sino también porque previamente se ha analizado que el Informe N° 001-2011-GDUR-MDCHH/COMITÉ no surtió efectos y, por lo tanto al no surtir efectos no podría indicarse al Contratista que levante unas observaciones que jamás fueron consignadas por todos los miembros del Comité de Recepción designado por la Municipalidad Distrital de Chavín de Huántar en el Acta respectiva conforme lo indicara la citada norma de contrataciones.

Debido a tales razones, el Árbitro Único considera necesario declarar que el presente extremo de la pretensión en análisis también debe ser declarado fundado,

11.

es decir, debe declararse la nulidad del Informe N° 006-2011-GDUR-MDCHH/COMITÉ de fecha 20 de abril de 2011.

- Resolución Gerencial N° 240-2011-MDCHH/GM de fecha 09 de agosto de 2011

Previo a pasar a analizar lo establecido en la Resolución Gerencial N° 240-2011-MDCHH/GM es necesario tener presente lo siguiente:

Con fecha 07 de abril de 2011, la Municipalidad Distrital de Chavín de Huántar había notificado al Consorcio Machac la Carta N° 049-2011-GDUR-MDCHH/RCSR/SGESO²⁹ de fecha 05 de abril de 2011, la misma que contenía adjunto el Informe N° 001-2011-GDUR-MDCHH/COMITÉ por medio del cual, algunos de los miembros del Comité de Recepción –es decir, no todo el Comité de Recepción designado por la Entidad, sino solo dos de sus miembros– informaron que las observaciones realizadas mediante el Acta de Observaciones de fecha 11 de febrero de 2011, no han sido subsanadas en su totalidad por el Consorcio Machac.

Seguidamente, a través de Carta N° 059-2011-GDUR-MDCHH/RCSR/SGESO³⁰ de fecha 20 de abril de 2011, la Entidad remitió al Consorcio Machac el Informe N° 006-2011-GDUR-MDCHH/COMITÉ³¹ (materia de cuestionamiento en el presente punto controvertido) a través del cual, algunos de los miembros del Comité de Recepción –es decir, no todo el Comité de Recepción designado por la Entidad, sino solo dos de sus miembros– manifestaron que a partir del 08 de abril de 2011 –es decir, a partir del día siguiente de notificado el Informe N° 001-2011-GDUR-MDCHH/COMITÉ por medio del cual, manifestaran al Contratista que su representada no ha cumplido con levantar todas las observaciones– se computaba el plazo para continuar con la subsanación de las observaciones con una penalidad diaria de S/. 7,226.72 nuevos soles hasta alcanzar la máxima penalidad que asciende a S/. 130,081.14 nuevos soles (10% del contrato de ejecución).

Ante ello, el Consorcio Machac a través de Carta N° 0016-2011-CONSORCIO MACHAC/RL³² de fecha 25 de abril de 2011, manifestó a la Entidad su

²⁹ Ver el Medio Probatorio "13)" del escrito de Demanda de fecha 30 de enero de 2012.

³⁰ Ver el Medio Probatorio "16)" del escrito de Demanda de fecha 30 de enero de 2012.

³¹ Ver el Medio Probatorio "16)" del escrito de Demanda de fecha 30 de enero de 2012.

17.

E.

disconformidad con el Informe N° 001-2011-GDUR-MDCHH/COMITÉ, en razón de que en ningún momento se suscribió acta alguna, precisando además que durante el tiempo que duró el levantamiento o subsanación de observaciones el supervisor estuvo presente dando su conformidad tanto en el cuaderno de obra, como en la Carta N° 023-2011/MACHAC-SUP-JOG³³.

Asimismo, a través de Carta N° 0017-2011-CONSORCIO MACHAC/RL³⁴ de fecha 25 de abril de 2011, el Contratista reitera a la Entidad los graves errores en los que está incurriendo, solicitando que se deje sin efecto el Informe N° 006-2011-GDUR-MDCHH/COMITÉ.

Posteriormente, mediante Carta Notarial de fecha 12 de agosto de 2011³⁵, la Entidad demandada remitió al Consorcio Machac la Resolución Gerencial N° 240-2011-MDCHH/GM³⁶ de fecha 09 de agosto de 2011, por medio de la cual Resuelve el Contrato N° 043-2010-MDCHH/GM de fecha 10 de agosto de 2010, por haber acumulado la penalidad máxima equivalente al 10% (diez por ciento) del monto total del citado Contrato.

De esta manera, luego del recuento de los hechos y teniendo en cuenta que la presente pretensión versa sobre la nulidad de la Resolución Gerencial N° 240-2011-MDCHH/GM de fecha 09 de agosto de 2011, por medio de la cual, la Entidad Resuelve el Contrato N° 043-2010-MDCHH/GM de fecha 10 de agosto de 2010, debido a que el Contratista habría acumulado la penalidad máxima equivalente al (10%) del monto total del citado Contrato, conforme lo requiriera a través del Informe N° 006-2011-GDUR-MDCHH/COMITÉ de fecha 20 de abril de 2011, por medio del cual parte del Comité de Recepción –es decir, no todo el Comité de Recepción designado por la Entidad para tal acto, sino solo dos de sus miembros– informó al Consorcio Machac que desde el 08 de abril de 2011 –es decir, a partir del día siguiente de notificado el Informe N° 001-2011-GDUR-MDCHH/COMITÉ a través del cual, manifestaran al Contratista que su representada no ha cumplido con levantar todas las observaciones– se computaría el plazo para continuar con la subsanación de las observaciones con una penalidad diaria de S/. 7,226.72 nuevos

³² Ver el Medio Probatorio "15)" del escrito de Demanda de fecha 30 de enero de 2012.

³³ Ver el Medio Probatorio "10)" del escrito de Demanda de fecha 30 de enero de 2012.

³⁴ Ver el Medio Probatorio "17)" del escrito de Demanda de fecha 30 de enero de 2012.

³⁵ Ver el Medio Probatorios "4.5" del escrito de contestación de Demanda y Reconvención de fecha 09 de marzo de 2012.

³⁶ Ver el Medio Probatorio "18)" del escrito de Demanda de fecha 30 de enero de 2012.

14.

E.

soles hasta alcanzar la máxima penalidad que asciende a S/. 130,081.14 nuevos soles (10% del contrato de ejecución).

Cabe indicar que dicha Resolución Gerencial N° 240-2011-MDCHH/GM de fecha 09 de agosto de 2011 –materia de cuestionamiento– por medio del cual, la Municipalidad Distrital de Chavín de Huántar Resuelve el Contrato N° 043-2010-MDCHH/GM de fecha 10 de agosto de 2010, debido a que el Contratista habría acumulado la penalidad máxima equivalente al (10%) del monto total del citado Contrato, surge en razón del Informe N° 006-2011-GDUR-MDCHH/COMITÉ de fecha 20 de abril de 2011, emitido por parte del Comité a través del cual informó que si no se levantaban las observaciones se procedería a aplicar una penalidad diaria, dado a que previamente parte de este Comité había considerado mediante Informe N° 001-2011-GDUR-MDCHH/COMITÉ de fecha 14 de marzo de 2011, que el Consorcio Machac no había levantado el total de las observaciones y, siendo que este Árbitro Único resolvió en los análisis precedentes, que tanto el Informe N° 001-2011-GDUR-MDCHH/COMITÉ como el Informe N° 006-2011-GDUR-MDCHH/COMITÉ de fecha 20 de abril de 2011, son nulos en vista de que los mismos no cuentan con todos los elementos esenciales para la validez de un acto jurídico, debido a que las supuestas observaciones contenidas en el Informe N° 001-2011-GDUR-MDCHH/COMITÉ no fueron consideradas por todos los miembros del Comité de Recepción y, además porque éste no cumplió con el procedimiento dispuesto en el numeral 3) del Artículo 210° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado y, en consecuencia el Informe N° 006-2011-GDUR-MDCHH/COMITÉ de fecha 20 de abril de 2011, es nulo simplemente porque el Informe N° 001-2011-GDUR-MDCHH/COMITÉ no surtió efectos y, por lo tanto al no surtir efectos dichos informes no podría resolverse el Contrato N° 043-2010-MDCHH/GM por acumular el monto máximo de la penalidad, pues las supuestas observaciones que requirieron que sean levantadas jamás fueron consideradas por todos los miembros del Comité de Recepción designado por la Municipalidad Distrital de Chavín de Huántar en el Acta respectiva conforme lo indica la citada norma de contrataciones, no pudiéndose entonces incurrir en penalidad alguna.

En vista de esta precisión, y siendo que tanto el Informe N° 001-2011-GDUR-MDCHH/COMITÉ como el Informe N° 006-2011-GDUR-MDCHH/COMITÉ fueron declarados nulos, corresponde declarar también la nulidad de la Resolución Gerencial N° 240-2011-MDCHH/GM de fecha 09 de agosto de 2011, por las razones expuestas en el párrafo precedente.

141

E.

Por tal motivo, el Árbitro Único resuelve declarar que este extremo de la presente pretensión también debe ser declarado fundado, es decir, debe declararse la nulidad de la Resolución Gerencial N° 240-2011-MDCHH/GM de fecha 09 de agosto de 2011.

En razón a todas las consideraciones expuestas en el presente punto controvertido, este Árbitro Único considera que la presente pretensión debe ser declarada fundada y, en consecuencia, declárese la nulidad del Informe N° 001-2011-GDUR-MDCHH/COMITÉ de fecha 14 de marzo de 2011, el Informe N° 006-2011-GDUR-MDCHH/COMITÉ de fecha 20 de abril de 2011 y la Resolución Gerencial N° 240-2011-MDCHH/GM de fecha 09 de agosto de 2011.

2. SEGUNDO PUNTO CONTROVERTIDO

Determinar si corresponde ordenar o no la conformidad de la entrega de la obra: "Construcción y Equipamiento del puesto de salud de Machac", y en consecuencia, determinar si corresponde o no tener por levantadas las observaciones por el Consorcio Machac, las cuales fueron formuladas por la Municipalidad Distrital de Chavín de Huántar en su oportunidad.

2.1 POSICIÓN DEL CONTRATISTA

El Consorcio Machac ampara su pedido en los siguientes fundamentos de hecho y de derecho:

De la Designación del Comité de Recepción

La Municipalidad Distrital de Chavín de Huántar emite la Resolución Gerencial N° 0005-2011-MDCHH/GM, mediante la cual conforma el Comité de Recepción de la Obra integrado por los siguientes funcionarios:

1. Ingeniero Víctor Moisés Obregón Espinoza: Presidente.
2. Ingeniero Roberto Sánchez Recuay: Primer Miembro.
3. Sr. Jaime Martín Díaz Casimiro: Segundo Miembro.

Al respecto, tenemos que tal acto incumple con lo dispuesto en el Artículo 210° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

At.

E.

En el caso, puede verificarse que no se ajusta a lo solicitado porque en el comité de recepción no se incluye al supervisor y muy por el contrario, desde su designación el supervisor no tuvo más labor que no sea la de acompañar al comité, motivo por el cual se verifica que desde el inicio el comité no actúa conforme a Ley.

De la Labor del Comité de Recepción

Como se ha verificado al momento en que se señala la recepción de la obra, se nos notifica con un plazo prudencial (tres días) que nos posibilita estar presentes y participar del acto junto con el supervisor, a pesar de que aquel fue excluido del comité de recepción.

En tal oportunidad el acta sí se elaboró en presencia de todos siendo aquella la razón por la que en ella se encuentran las firmas de todos los participantes.

No obstante, pese a que el Consorcio Machac subsanó cada una de las observaciones dentro del plazo, la Entidad demandada al momento de citarles para la subsanación y entrega de la obra lo hace fuera del horario de oficina (18.31 p.m.) y nos citan para las 08.30 am del día siguiente, lo cual demuestra lo poco serio del actuar de la Municipalidad Distrital de Chavín de Huántar.

Respecto del Actuar de la Municipalidad al Momento de Recepcionar por Segunda vez la Obra

Como ya se señaló únicamente estuvieron presentes dos miembros del comité de su mal conformado comité de recepción, lo cual transgrede los dispositivos de contratación estatal y peor aún, al retirarse no suscriben acta alguna ni manifiestan ningún tipo de información como para que se pueda tener conocimiento de lo que planeaban realizar, contraviniendo el citado Artículo 210º del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

En el presente caso, simplemente no hubo acta alguna y en ningún momento se le indicó al Consorcio Machac que se efectuaron observaciones, por el contrario la Municipalidad Distrital de Chavín de Huántar guardó absoluto silencio respecto de aquel acto y ante su desinterés fue la demandante que solicitó los resultados pues entendían que la obra ya se encontraba a satisfacción de la Entidad demandada.

f.f.

e.

Fue así que, ante su oposición, la cual sólo pudo ser precisada una vez que se tomó conocimiento del actuar de la demandada, aquella les notifica observaciones que no tenían ningún sustento y que además, no se indicaba bajo qué criterios pretendían que sean subsanadas. Fue en tal contexto, que el Consorcio Machac manifiesta su extrañeza por lo sucedido.

Además, refiere que a su representada no se le otorgó la posibilidad de oponerse a los cuestionamientos del Comité de Recepción, por lo que se contraviene los dispositivos de contrataciones pues en ningún momento hubo elevación de oposiciones al titular de la entidad.

Lo señalado, demuestra que todo el actuar de parte de la Entidad demandada es contrario a la normativa de contrataciones, configurándose por ello vicios de nulidad de todo aquel proceso de recepción de observaciones.

Además, el Consorcio Machac refiere que, se encuentran con actos administrativos totalmente inválidos, por lo que corresponde la declaración de nulidad.

De la Recepción de la Obra y Subsanación de Observaciones

Atendiendo a las actitudes de su contraria, la demandante refiere que únicamente se demuestra una mala voluntad contra su labor y un hostigamiento innecesario, por una obra que ya está culminada y donde el supervisor de la obra, representante de la demandada, entiende que todas aquellas observaciones que se pudieron efectuar en el marco del proceso de entrega de la obra, ya se encuentran culminadas. Además, el comité de recepción, el cual se encuentra indebidamente conformado y que además ni participó en su integridad de la segunda recepción del inmueble, no conoce de los temas de obras por lo que efectúan observaciones subjetivas y sin el más mínimo sustento que no se entiende cómo se podrían subsanar si carecen de todo criterio técnico.

Por lo anteriormente expuesto, el Consorcio Machac expresa que lo que corresponde es que se den por levantadas las observaciones y se proceda a recepcionar la obra a efectos de efectuar la liquidación del contrato de obra estipulada en el Artículo 211º del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, se efectúe el pago y se culmine con la relación contractual.

2.2 POSICIÓN DE LA ENTIDAD

P.H.

C.

Dr. Carlos Alberto Matheus López.

A continuación se reseñan los fundamentos de hecho y de derecho a los que hace referencia la Entidad demandada, respecto a este punto controvertido:

Luego del Proceso de Licitación Pública N° LP-2-2010/MDCHH, por el sistema a Suma Alzada y modalidad de Concurso Oferta y otorgamiento de la Buena Pro, el Consorcio Machac y la Municipalidad Distrital de Chavín de Huántar de la provincia de Huari, Región Ancash con fecha 10 de agosto del 2010 suscribieron el Contrato N° 043-2010-MDCHH/GM y, no con fecha 11 de octubre del 2010 -como se señala en la demanda- para la elaboración del Expediente Técnico y Ejecución del proyecto denominado: "Construcción y Equipamiento del Puesto de Salud de la Localidad de Machac, Micro Red Chavín de Huántar, Red Conchucos Sur, Distrito de Chavín de Huántar-Huari-Ancash".

Todo ello, en estricta conformidad con las Bases Administrativas del Proceso de Selección y la propuesta Técnica-Económica del demandante, que formaba parte del contrato antes indicado, por un monto ascendente a S/. 1'332,762.15 (Un Millón Trescientos Treinta y Dos Mil Setecientos Sesenta y Dos y 15/100 Nuevos Soles), con un plazo de treinta (30) días calendarios para la elaboración del expediente técnico y ciento veinte (120) días calendarios para la ejecución de la obra.

Por otro lado, dando respuesta a la demanda la Entidad refiere que uno de los cuestionamientos que realiza su contraria es, sobre la participación de solo dos miembros del Comité de recepción de obra -Ing. Víctor Moisés Obregón Espinoza e Ing. Roberto Carlo Sánchez Recuay, más no el Sr. Jaime Martín Díaz Casimiro- en el acto de verificación de levantamiento de las observaciones y, que los citados miembros que se apersonaron solo se dedicaron a mirar las instalaciones sin tomar anotaciones ni efectuar preguntas o cuestionamientos, sin suscribirse ninguna acta. Sobre ello, la demandada precisa lo siguiente:

- No es cierto que los miembros del comité de recepción sólo se hayan constituido a mirar las instalaciones y no tomar ninguna anotación, en todo caso esta afirmación resulta subjetiva por parte del demandante, ya que no demuestra con medio probatorio alguno esta afirmación, toda vez que el comité constituido, con fecha 11 de marzo del 2011, levantó el acta correspondiente donde se anotaron todas las observaciones que fueron levantadas y las que no se levantaron por el Consorcio Machac, la misma que fue elevada al titular de la Entidad con Informe N° 001-2011-GDUR-MDCHH/COMITÉ de fecha 16 de marzo del 2011, y la razón

1.1

l.

por la que el representante del Consorcio Machac (Ing. Moisés Toledo Torres) y el supervisor (representado por el Ing. César Obregón Espinoza) no firmaron el acta fue porque, éstos pese a haber participado del acto y haber constatado que las observaciones persistían y como éstas observaciones eran casi en su totalidad las mismas, indujeron a los otros miembros para que el acta se suscriba en las Oficinas de la Municipalidad Distrital de Chavín de Huántar, toda vez que en versión digital, ya se tenía (acta de fecha 11 de febrero de 2011) y sólo debía de suprimirse las pocas observaciones levantadas y actualizarse las fechas, pero obrando de mala fe nunca se presentaron a suscribir el acta.

- También se deben considerar los informes N° 190-2011-GDUR-MDCHH/RCSR/SGESO, N° 191-2011-GDUR-MDCHH/RCSR/SGESO y N° 216-2011-GDUR-MDCHH/RCSR/SGESO.

Asimismo, la Entidad precisa que no es materia de la demanda –como pretensión– la nulidad de la Resolución Gerencial N° 005-2011-MDCHH/GM mediante la cual se conformó el Comité de recepción de obra, por lo que no existe coherencia lógica en lo que respecta al cuestionamiento de la conformación del comité antes indicado, si ésta no ha sido establecida como pretensión de la demanda arbitral. Además cabe indicar que:

- El demandante, desde que se conformó el comité, tuvo pleno conocimiento de quienes eran los miembros del comité de recepción de obra, es así que sin cuestionar la conformación del mismo, participó conjuntamente con éstos miembros en el acta de recepción de obra de fecha 11 de febrero del 2011, fecha en la cual se efectuaran múltiples observaciones a la obra por lo que no se recepcionó la misma, por lo que resulta curioso, que primero acepte la legalidad y legitimidad de la conformación del comité, y luego pretenda cuestionarlo, conducta inconcebible e inaceptable, que transgrede el principio lógico de no contradicción.
- Sin perjuicio de lo antes indicado, también cabe tener presente, que en principio la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento han previsto un número de miembros de un comité de recepción, por lo que el número de integrantes de un comité no debe estar en cuestionamiento ni estar considerado como un vicio que pueda causar la nulidad de sus actuaciones.

41:

E.

- En cuanto al supervisor, aunque no estuvo considerado como miembro del comité de recepción de obra designado mediante Resolución Gerencial N° 0005-2011-MDCHH/GM, tuvo una participación activa en los actos de verificación y constatación de observaciones, toda vez que a éste profesional no se le consideró por las múltiples deficiencias (incumplimiento contractual) que venía mostrando en la supervisión de la obra, pero también es de considerar que siempre estuvo presente. Es así que se le notificó para su concurrencia, tanto en la primera verificación a llevarse a cabo el día 11 de febrero del 2011 (1° acta de recepción de obra) y para la segunda (de fecha 11 de marzo del 2011) fecha en la que concurrió y, no firmó el acta, por los motivos indicados.
- También se debe de tener en cuenta que la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento no sancionan con nulidad la no conformación del comité de recepción de obra de acuerdo a lo dispuesto en la misma, como si lo hace para otros actos. Entonces, la resolución de designación del Comité de Recepción de Obra, así como su actuación no son actos que estén sancionados con nulidad, por lo que mal se haría en pretender que se sancione con nulidad un acto al que su no cumplimiento cabal, no lo sanciona con nulidad o ineficacia.

La Entidad añade que la labor del comité se encuentra fuera de cuestionamiento tanto por su conformación como su actuación y, la notificación que tanto se cuestiona fuera de horario de oficina o la premura del tiempo, nunca fue cuestionada en su oportunidad, ni tampoco le causó indefensión alguna, toda vez que como ya se ha indicado en su representación participó el Ing. Moisés Toledo Torres, es más luego de haber sido notificado con el contenido del acta de fecha 11 de marzo de 2011, este hizo caso omiso al mismo y no subsanó ninguna observación.

Por lo tanto, la demandada expresa que el Consorcio Machac ha sido válidamente notificado para el acto de verificación de levantamiento de observaciones y no puede excusar la no participación de su representante en el argumento del corto tiempo de haber sido notificado; es más al estar debidamente notificado, y al no haber previsto nuestra legislación un plazo entre la notificación y la realización del acto, resulta perfectamente válido el acto llevado a cabo, pues no puede aceptarse el argumento de que no participó, porque tenía otros compromisos pactados con anterioridad -de ser así lo hubiera comunicado de modo inmediato solicitando que ésta se postergue- pero no lo hizo.

2.3 POSICIÓN DEL ÁRBITRO ÚNICO

A efectos de realizar un análisis sobre este punto controvertido, previamente corresponde determinar si existe la conformidad en la entrega de la obra para posteriormente determinar si corresponde tener por levantadas las observaciones formuladas por la Entidad en su oportunidad, todo ello conforme a lo establecido en el Contrato, la Ley y el Reglamento de Contrataciones del Estado, normas aplicables al presente caso.

Al respecto, se debe tener presente el cuarto párrafo del numeral 1) del Artículo 210° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, el cual refiere que:

"Artículo 210°.- Recepción de la Obra y plazos

1. (...)

Culminada la verificación, y de no existir observaciones, se procederá a la recepción de la obra, teniéndose por concluida la misma, en la fecha indicada por el contratista³⁷. El Acta de Recepción deberá ser suscrita por los miembros del comité y el contratista".

De lo dispuesto en el dispositivo legal precedente, se puede observar que para determinar la conformidad de la obra es necesario que se cuente con un Acta de Recepción, por medio de la cual se pueda verificar que las observaciones fueron realmente levantadas.

En el presente caso, debe precisarse que de la documentación que obra en autos se pudo advertir que ninguna de las partes ha presentado el Acta respectiva (en la fecha y hora programada para ello), que permita acreditar que se procedió a llevar a cabo el levantamiento o no de las observaciones y, la posterior recepción de la obra, de ser el caso.

Asimismo, debe recordarse que en el análisis del primer punto controvertido se concluyó que la obra no ha sido recepcionada por la Municipalidad Distrital de Chavín de Huántar ni por su Comité de Recepción en la fecha programada para ello.

³⁷ El sombreado y subrayado es nuestro.

Li

Li

Dr. Carlos Alberto Matheus López.

Por lo tanto, este Árbitro Único establece que al no haberse acreditado fehacientemente que la Entidad junto con el Comité de Recepción (designados con este fin) procedieron a recepcionar la obra en la fecha y hora programada para ello, se establece que a la fecha la obra no ha sido recepcionada por la Municipalidad Distrital de Chavín de Huántar, ni por su Comité de Recepción; motivo por el cual, no correspondería ordenar la conformidad de la entrega de la obra, ni tener por levantadas las observaciones en vista de que no hay un acta que acredite dicho supuesto.

En base a estas consideraciones, este Árbitro Único considera que este punto controvertido debe ser declarado infundado.

3. TERCER PUNTO CONTROVERTIDO

Determinar si corresponde ordenar o no a la Municipalidad Distrital de Chavín de Huántar a que efectué el pago a favor del Consorcio Machac respecto a la valorización N° 04 con factura N° 0162 por un monto de S/. 71,311.21 (Setenta y Un Mil Trescientos Once y 21/100 Nuevos Soles) más los intereses legales que pueda corresponder calculados a la fecha de pago. Asimismo, determinar si corresponde ordenar o no a la Municipalidad Distrital de Chavín de Huántar a que efectué el pago a favor del Consorcio Machac respecto a la liquidación final calculada a la fecha en la que se efectuó la constatación física e inventario que comprende los meses de marzo a agosto, ascendente a la suma de S/. 33,660.00 (Treinta y Tres Mil Seiscientos Sesenta y 00/100 Nuevos Soles) más los intereses legales que pueda corresponder calculados a la fecha de pago.

3.1 POSICIÓN DEL CONTRATISTA

El demandante ampara su pedido en los siguientes fundamentos de hecho y de derecho:

En el marco de la ejecución contractual, el Consorcio Machac expresa que procuró en todo momento cumplir con la Entidad, de tal forma que todo el procedimiento de elaboración, evaluación y aprobación del expediente técnico se llevó a cabo sin ningún inconveniente y dentro de los plazos acordados en el contrato.

21.

21.

Posteriormente, iniciaron todo el procedimiento de ejecución de la obra el cual se realizó en conformidad al calendario originalmente establecido, en pleno cumplimiento a lo señalado tanto en las bases del proceso de selección como en el expediente técnico, sin que hubieran ocurrido retrasos o complicaciones.

En ese sentido, con fecha 10 de enero del 2011, el demandante culminó la ejecución de la obra según el Asiento N° 162 del cuaderno de obra, lo cual fue verificado por el supervisor de la misma, quien verificó que todas las partidas contractuales fueron efectivamente ejecutadas según lo indicado en el expediente técnico.

Por ello, mediante Carta N° 009-2010/MACHAC-SUP-JOG del 13 de enero del 2011 el supervisor de la obra, Ing. Juan Emilio Ortega García comunica la culminación de la obra a la Municipalidad Distrital de Chavín de Huántar.

En consecuencia, la Entidad demandada emite la Resolución Gerencial N° 0005-2011-MDCHH/GM, mediante la cual conforma el Comité de Recepción de la Obra integrado por los siguientes funcionarios:

1. Ingeniero Víctor Moisés Obregón Espinoza: Presidente.
2. Ingeniero Roberto Sánchez Recuay: Primer Miembro.
3. Sr. Jaime Martín Díaz Casimiro: Segundo Miembro.

En atención a lo anterior es que el 08 de febrero del 2011, mediante Memorando N° 017-2011-GDUR-MDCHH/RCSR/SGESO, y dentro del plazo establecido en el Artículo 210° del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, se le informa al Consorcio Machac que el día 11 de febrero de 2011 a las 09:00 a.m. se llevará a cabo el acto de recepción de obra.

Por ello, con fecha 11 de febrero de 2011, se procedió a verificar la obra presentando algunas observaciones las cuales se subsanarían de conformidad al procedimiento regulado en el Artículo 210° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado. Dicha acta fue suscrita por todas las partes participantes.

De ello, tenemos que de conformidad al dispositivo citado, el Consorcio Machac tenía un plazo para proceder a levantar las observaciones que se les habían efectuado.

115

E.

En atención a ello, mediante Carta N° 021-2011/MACHAC-SUP-JOG de fecha 22 de febrero, el supervisor comunicó del levantamiento de observaciones a la Municipalidad Distrital de Chavín de Huántar para que tome conocimiento de lo que sucedía.

Como consecuencia de ello, y sólo una vez que se habían levantado todas las observaciones procedieron a comunicarle al supervisor de ello mediante asiento 177 de fecha 28 de febrero de 2011, a efectos que verifique tal situación y proceda a comunicarle a la Entidad demandada de ello y se pueda formalizar la entrega total de la obra.

Mediante carta N° 023-2011/MACHAC-SUP-JOG de fecha 02 de marzo el supervisor comunicó a la demandada del levantamiento total de las observaciones por lo que, como corresponde, solicita la nueva recepción de la obra.

En atención a ello, debemos informar que mediante carta N° 034-2011-GDUR-MDCHH/RCSR/SGESO recepcionada el 10 de marzo de 2011 a las 18.31 p.m. horas se nos informa que la nueva recepción de la obra será el 11 de marzo de 2011 a las 08.30 a.m., es decir al día siguiente en horas de la mañana. Atendiendo al corto tiempo en el que se les notificó de un acto tan importante como es la recepción de una obra, lamentablemente el representante del Consorcio Machac no pudo apersonarse a tal acto, toda vez que tenía compromisos pactados con anterioridad que le imposibilitaban encontrarse en la ciudad en tal fecha.

Ahora bien, corresponde señalar que al acto no participó el íntegro del comité de recepción conformado mediante Resolución General N° 00005-2011-MDCHH/GM sino únicamente las siguientes personas:

1. Ingeniero Víctor Moisés Obregón Espinoza: Presidente.
2. Ingeniero Roberto Sánchez Recuay: Primer Miembro.

De ello se verifica que no se contó con la participación del Sr. Jaime Martín Díaz Casimiro quien es el Segundo Miembro del comité de recepción, ni un suplente ante su ausencia, además que no se nos informó de las razones por las cuales no asistió.

En tal acto, de acuerdo a lo que les informó a su personal que se encontraba en la obra, los dos integrantes del comité únicamente se dedicaron a mirar las

11:

l.

instalaciones sin tomar anotaciones ni efectuar preguntas o cuestionamientos retirándose sin dar mayores explicaciones y peor aún, sin que se haya suscrito acta alguna que pudiera recoger sus comentarios a pesar de las preguntas que el Consorcio Machac efectuaba. Simplemente se retiraron.

Además, aquel silencio se prolongaba en el tiempo siendo aquella la razón, además de la seguridad de que la obra estaba totalmente culminada a satisfacción, por lo que con fecha 23 de marzo de 2011 mediante carta N° 0014-2011-CONSORCIO MACHAC/RL se solicitaron los resultados del segundo acto de recepción de obra.

Por ello, con fecha 07 de abril de 2011, es decir, quince días después de haberlo solicitado y casi un mes después de que se les haya señalado la fecha de recepción de obra, el Sub Gerente de Ejecución y Supervisión de Obras –GDUR-MDCHH de la Municipalidad Distrital de Chavín de Huántar le notifica al Consorcio Machac la carta N° 049-2011-GDUR-MDCHH/RCSR/SGESO donde les informan que el comité de recepción incompleto que participó en el acto de recepción, emitió el informe N° 001-2011-GDUR-MDCHH/COMITÉ dirigido al titular de la Entidad demandada y se les adjuntó el referido informe donde de un modo totalmente subjetivo se precisa que habrían una serie de observaciones que no han sido subsanadas sin que se indiquen las razones por las cuales se concluye ello.

En efecto, en el acta se verifica que únicamente concluyen que ciertas observaciones no se encuentran subsanadas sin mayor argumentación ni comentario. Nótese que ninguno de los documentos señalados posee la firma del residente o del supervisor puesto que el acta únicamente la redactaron dos personas que no han participado del proceso de ejecución de obra y que en ningún momento se preocuparon por averiguar lo sucedido con la obra.

A lo señalado, debe añadirse que tanto la visita como el acta se efectuaron contraviniendo todas las disposiciones que rigen la contratación estatal conforme se detalla en los siguientes párrafos.

Como consecuencia de ello, el demandante procedió a remitir una comunicación N° 0016-2011-CONSORCIO MACHAC/RL de fecha 20 de abril donde manifiesta su disconformidad con la notificación de los resultados de la subsanación de observaciones en la recepción de obra. En dicha comunicación dan cuenta del cumplimiento de plazos por parte del Consorcio Machac puesto que su representada procedió a levantar las observaciones dentro del plazo, todo lo cual figura en el

111

ee.

Dr. Carlos Alberto Matheus López.

cuaderno de obra como correspondía, así como denunciaron el incumplimiento del procedimiento para el levantamiento de observaciones, así como los suscriptores del documento, acreditando de esa manera que todo el procedimiento presentaba serios vicios de nulidad.

No obstante ello, la Entidad demandada en lugar de corregir los graves errores en los que había incurrido les remite una nueva comunicación N° 059-2011-GDUR-MDCHH/RCSR/SGESO de fecha 20 de abril de 2011, donde se les pretende aplicar una penalidad diaria ascendente a la suma de S/. 7,226.72 hasta alcanzar el monto ascendente a S/. 130,081.14.

Ante la emisión de tal documento, el demandante con fecha 20 de abril de 2011, es decir, el mismo día, procede a cursar una carta N° 0017-2011-CONSORCIO MACHAC/RL donde reitera los graves errores en los que ha incurrido la Municipalidad Distrital de Chavín de Huántar al momento de efectuar el levantamiento de observaciones resaltando además que ello de ninguna manera puede ser trasladado a su representada, puesto que la Entidad demandada es la única responsable de las erradas acciones ejecutadas. Por lo expuesto, solicitan que se deje sin efecto los documentos de acta de subsanación de observaciones así como el cálculo de la penalidad por mora, por ser contrarios a las disposiciones que rigen la contratación estatal.

No obstante ello, con fecha 12 de agosto de 2011, la demandada continuó infringiendo la norma de contrataciones al notificarles la Resolución Gerencial N° 240-2011-MDCHH/GM por la que se les resuelve el contrato amparados en que se habría llegado a acumular el monto máximo para la aplicación de la penalidad por mora, lo cual implica que la Municipalidad Distrital de Chavín de Huántar ha emitido un acto tan delicado como la resolución contractual basada en actos que transgreden la normativa de contrataciones.

Como consecuencia de lo señalado, con fecha 16 de agosto de 2011 se llevó a cabo la constatación física e inventario de la obra.

3.2 POSICIÓN DE LA ENTIDAD

A continuación se reseñan los fundamentos de hecho y de derecho a los que hace referencia la Municipalidad Distrital de Chavín de Huántar, respecto a este punto controvertido:

14:

E.

Sobre el pago de la valorización N° 04 la Entidad refiere que, para probar que el demandante no levantó las observaciones y que además valorizó partidas mal ejecutadas, partidas en metrados no ejecutados, partidas sin respetar el expediente técnico, la misma sería objeto de peritaje para demostrar que lo realmente ejecutado no coincide con la valorización de las partidas contenidas en ésta valorización, ni mucho menos con el expediente técnico, también se demostrará los defectos constructivos y estructurales que tiene la obra.

En cuanto a su pretensión de pago de liquidación, por todo lo expuesto se torna imposible materialmente que este pedido sea atendible por estar la obra inconclusa, es más resulta jurídicamente imposible, toda vez que a la fecha no se reúnen los supuestos para que opere o se solicite el pago por liquidación de obra.

3.3 POSICIÓN DEL ÁRBITRO ÚNICO

En relación al análisis del presente punto controvertido debemos en primer lugar determinar si corresponde que la Entidad efectué el pago a favor del Consorcio Machac respecto a la valorización N° 04 con factura N° 0162 por la suma de S/. 71,311.21 más los respectivos intereses legales calculados a la fecha de pago y, en segundo lugar debemos determinar si corresponde ordenar a la Municipalidad Distrital de Chavín de Huántar que efectué el pago a favor del Contratista respecto a la liquidación final calculada a la fecha en la que se efectuó la constatación física e inventario que comprende los meses de marzo a agosto, ascendente a la suma de S/. 33,660.00 más los intereses legales calculados a la fecha de pago.

- Valorización N° 04 correspondiente al mes de Diciembre de 2010:

Respecto al pago de la Valorización N° 04 deben tenerse presente los siguientes hechos:

Con fecha 06 de enero de 2011, el Consorcio Machac remite al supervisor Ing. Juan Emilio Ortega García la Carta N° 0008-2010-CONSORCIO MACHAC/RL por medio de la cual, presenta la Valorización N° 04 correspondiente al mes de Diciembre de 2010.

Seguidamente, el supervisor mediante Carta N° 003-2010/MACHAC-SUP-JOG de fecha 06 de enero de 2011, entrega a la Entidad la Valorización N° 04 por el monto

11

E.

Dr. Carlos Alberto Matheus López.

de S/. 71,311.21 (Setenta y Un Mil Trescientos Once y 21/100 Nuevos Soles), valorización sobre la cual expresara su conformidad.

Mediante Carta N° 008-2011-MACHAC-SUP-JOG de fecha 12 de enero de 2011, el supervisor comunica al Contratista las observaciones realizadas por la sub Gerencia de Ejecución y Supervisión de Obra sobre la Valorización N° 04 correspondiente a Diciembre de 2010.

A través de Carta N° 018-2011/MACHAC-SUP-JOG de fecha 04 de febrero de 2011, el supervisor informa a la Entidad el levantamiento de la observaciones de la Valorización N° 04.

Posteriormente, mediante Carta N° 0015-2011- CONSORCIO MACHAC/RL de fecha 23 de marzo de 2011, el Consorcio Machac solicita el pago de la Valorización N° 04.

De esta manera, luego del recuento de los hechos es importante precisar que el Consorcio Machac a lo largo de su escrito de demanda y demás ha solicitado el pago de la Valorización N° 04 indicando que la misma ha sido debidamente aprobada por el supervisor, profesional que se encontraba en el lugar de la obra.

En el caso de la Municipalidad Distrital de Chavín de Huántar, dicha parte refiere en su escrito de contestación de demanda que su contraparte no ha levantado las observaciones. Además, ha indicado que el Consorcio Machac valorizó partidas mal ejecutadas, partidas en metrados no ejecutados, y partidas sin respetar el expediente técnico.

Frente a esta disyuntiva de las partes, es necesario tener presente que el Árbitro Único mediante Resolución N° 38 de fecha 03 de diciembre de 2012, dispuso la actuación de una pericia de oficio, con la finalidad de que se determine lo siguiente:

- i) Si la obra a la fecha está inconclusa o no;*
- ii) Si la obra se ha ejecutado conforme a los lineamientos establecidos en el Expediente Técnico, y de no ser así, establecer cuáles son los lineamientos que no se han respetado;*
- iii) Establecer si existen defectos constructivos y estructurales en la obra, y de ser así cuantificar éstos;*
- iv) Corroborar si la indemnización por daños y perjuicios solicitada por la Entidad demandada se ajusta a lo*

A.A.

C.

realmente ocurrido, y de no ser así, establecer el monto indemnizatorio correcto; y,

v) Establecer si el pedido de pago de la Valorización N° 04 es infundado o no³⁸;

Cabe indicar que esta pericia se dispuso con la finalidad de demostrar si lo realmente ejecutado coincide con la valorización de las partidas contenidas en la Valorización N° 04 y, sobre todo, con los lineamientos establecidos en el expediente técnico.

Sin embargo, no es menos importante recordar que a través de la Resolución N° 69 de fecha 23 de diciembre de 2013, luego de haber transcurrido aproximadamente un (1) año -de haberse requerido el pago de la pericia y la documentación para la elaboración de la misma- se declaró el archivo definitivo de la actuación de la pericia de oficio por falta de pago atribuible a las partes, precisándose además que el presente arbitraje se resolverá, al momento de laudar, únicamente con los medios probatorios presentados por éstas, siendo dicha situación de única y exclusiva responsabilidad de las partes al momento de laudar.

Sin perjuicio de ello y, siendo que la presente controversia versa sobre el pago de una valorización, corresponde remitirse a lo dispuesto en el Artículo 197° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, el cual dispone que:

"Artículo 197°.- Valorizaciones y Metrados

Las valorizaciones tienen el carácter de pagos a cuenta y serán elaboradas el último día de cada período previsto en las Bases, por el inspector o supervisor y el contratista.

En el caso de las obras contratadas bajo el sistema de precios unitarios, las valorizaciones se formularán en función de los metrados ejecutados con los precios unitarios ofertados, agregando separadamente los montos proporcionales de gastos generales y utilidad ofertados por el contratista; a este monto se agregará, de ser el caso, el porcentaje correspondiente al Impuesto General a las Ventas.

³⁸ El sombreado y subrayado es nuestro.

1-1-

e.

En el caso de las obras contratadas bajo el sistema a suma alzada, durante la ejecución de la obra, las valorizaciones se formularán en función de los metrados ejecutados contratados con los precios unitarios del valor referencial, agregando separadamente los montos proporcionales de gastos generales y utilidad del valor referencial. El subtotal así obtenido se multiplicará por el factor de relación, calculado hasta la quinta cifra decimal; a este monto se agregará, de ser el caso, el porcentaje correspondiente al Impuesto General a las Ventas.

En las obras contratadas bajo el sistema a precios unitarios se valorizará hasta el total de los metrados realmente ejecutados, mientras que en el caso de las obras bajo el sistema de suma alzada se valorizará hasta el total de los metrados del presupuesto de obra.

Los metrados de obra ejecutados serán formulados y valorizados conjuntamente por el contratista y el inspector o supervisor, y presentados a la Entidad dentro de los plazos que establezca el contrato. Si el inspector o supervisor no se presenta para la valorización conjunta con el contratista, éste la efectuará. El inspector o supervisor deberá revisar los metrados durante el período de aprobación de la valorización.

El plazo máximo de aprobación por el inspector o el supervisor de las valorizaciones y su remisión a la Entidad para períodos mensuales es de cinco (5) días, contados a partir del primer día hábil del mes siguiente al de la valorización respectiva, y será cancelada por la Entidad en fecha no posterior al último día de tal mes.

Cuando las valorizaciones se refieran a períodos distintos a los previstos en este párrafo, las Bases establecerán el tratamiento correspondiente de acuerdo con lo dispuesto en el presente artículo.

A partir del vencimiento del plazo establecido para el pago de estas valorizaciones, por razones imputables a la Entidad, el contratista tendrá derecho al reconocimiento de los intereses legales, de conformidad con los artículos

h.

e.

1244, 1245 y 1246 del Código Civil³⁹. Para el pago de los intereses se formulará una Valorización de Intereses y se efectuará en las valorizaciones siguientes”.

De lo descrito en el artículo precedente se puede observar que la aprobación de una valorización está a cargo del supervisor o inspector de ser el caso. En el caso de autos, se puede observar que el supervisor a través de la Carta N° 003-2010/MACHAC-SUP-JOG de fecha 06 de enero de 2011, manifestó a la Entidad su aprobación a la Valorización N° 04 y, posteriormente, mediante Carta N° 018-2011/MACHAC-SUP-JOG de fecha 04 de febrero de 2011, tuvo por levantadas las observaciones realizadas a la Valorización N°04, comunicando de ello a la Entidad; motivo por el cual, y siendo que las observaciones fueron levantadas, en aplicación a lo dispuesto en la normativa de contrataciones correspondería el pago de la mencionada valorización.

Por otro lado, cabe indicar que la Municipalidad Distrital de Chavín de Huántar a lo largo de su escrito de demanda ha manifestado su disconformidad a la labor realizada por el supervisor, contraprestación que ha sido cuestionada a través del Memorando N° 007-2011-GDUR-MDCHH/RCSR/SGESO⁴⁰ de fecha 11 de enero de 2011, situación que escapa de lo dispuesto en la norma de contrataciones, pues la norma es clara al establecer que el supervisor es el único encargado de la aprobación de las valorizaciones; razón por la cual, este Árbitro Único considera que conforme a lo establecido en el reglamento de contrataciones y a las pruebas aportadas por las partes, corresponde que la Entidad pague a favor del Consorcio Machac la Valorización N° 04 correspondiente al mes de Diciembre de 2010, por el monto de S/. 71,311.21 (Setenta y Un Mil Trescientos Once y 21/100 Nuevos Soles).

Asimismo, debe precisarse que en el presente punto controvertido el Contratista no solo solicita el pago de la mencionada valorización, sino también el pago de los respectivos intereses legales.

³⁹ El sombreado y subrayado es nuestro.

⁴⁰ Ver el Medio Probatorios “4.1” del escrito de contestación de Demanda y Reconvención de fecha 09 de marzo de 2012.

1.1

e.

En relación al cálculo de los intereses legales correspondientes, este Árbitro Único deberá determinar si corresponde declarar o no el pago de los respectivos intereses legales y la fecha desde que deberán computarse.

Para ello, resulta pertinente citar a los doctores Felipe Osterling Parodi y Mario Castillo Freyre⁴¹:

"(...) Debe quedar claro que el pago de intereses es susceptible de aplicarse a todo tipo de deudas⁴², entiéndase: deuda pecuniaria o dineraria y deuda no pecuniaria o de valor (...). De este modo, no la naturaleza de la obligación principal, ni el objeto de su prestación, constituyen óbice para el cobro de los intereses".

En el caso materia de la controversia, se ha determinado que la Municipalidad Distrital de Chavín de Huántar debe pagar a favor del Consorcio Machac, la suma ascendente a S/. 71,311.21 (Setenta y Un Mil Trescientos Once y 21/100 Nuevos Soles) por concepto de la Valorización N° 04.

Entonces al advertirse que está pendiente el pago de una valorización, corresponde tener presente el último párrafo del Artículo 197° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, el cual establece lo siguiente:

"Artículo 197°.- Valorizaciones y Metrados

(....)

A partir del vencimiento del plazo establecido para el pago de estas valorizaciones, por razones imputables a la Entidad, el contratista tendrá derecho al reconocimiento de los intereses legales, de conformidad con los artículos 1244, 1245 y 1246 del Código Civil⁴³. Para el pago de los intereses se formulará una Valorización de Intereses y se efectuará en las valorizaciones siguientes".

⁴¹ OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. "Compendio de Derecho de las Obligaciones". Lima: Palestra Editores, p.517.

⁴² El sombreado y subrayado es nuestro.

⁴³ El sombreado y subrayado es nuestro.

171

62

Así pues, se ha determinado que la Municipalidad Distrital de Chavín de Huántar tiene una deuda a favor del Consorcio Machac, la cual consiste en un pago a favor de éste, producto de una valorización aprobada por el supervisor y debidamente aprobada por el Árbitro Único a través del presente Laudo Arbitral.

Por tal motivo, encontrándonos frente a una deuda que debe ser cancelada, corresponde declarar que el Consorcio Machac tiene derecho también a percibir los respectivos intereses conforme a lo dispuesto en el Artículo 197° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

El ordenamiento peruano ha establecido dos tipos de intereses: el interés compensatorio y el moratorio. El primero se da cuando se constituye la contraprestación por el uso del dinero o de cualquier otro bien. En cambio, el interés es moratorio cuando tiene por finalidad indemnizar la mora en el pago, conforme a lo dispuesto en el Artículo 1242° del Código Civil.

Al respecto, Fernández Fernández señala:

"(...) los intereses moratorios vienen a ser aquellos que constituyen la manera de indemnizar supletoriamente al acreedor por el cumplimiento tardío de la obligación pecuniaria por parte del deudor, cubriéndose de esta manera los daños y perjuicios ocasionados precisamente por efectos de la mora en el pago"⁴⁴.

Asimismo, el Artículo 1246° del Código Civil ha establecido que si los contratantes no pactan el pago de un interés moratorio, el deudor se encontrará obligado al pago de un determinado tipo de interés por causa de mora, que según sea el caso, se tratará del interés compensatorio (pactado) o del interés legal⁴⁵. En ese sentido, siendo que el Consorcio Machac y la Municipalidad Distrital de Chavín de Huántar no han pactado ningún tipo de interés, nos regiremos por los intereses legales a los que hace alusión el Artículo 1246° del Código Civil.

⁴⁴ **FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ**, César, "Interés por Mora". En: Código Civil Comentado: comentan 209 especialistas en las diversas materias del derecho civil. Lima: Gaceta Jurídica, 2007, p. 418.

⁴⁵ **OSTERLING PARODI**, Felipe y **CASTILLO FREYRE**, Mario. "Compendio de Derecho de las Obligaciones". Lima: Palestra Editores, p.533.

141

E.

Al respecto, el Artículo 1244° del mismo cuerpo normativo, nos precisa que la tasa de interés legal será fijada por el Banco Central de Reserva del Perú.

Finalmente, corresponde determinar la fecha desde la que se deberá computar los intereses moratorios. Para ello, y siendo que los intereses a los que hacemos alusión, se tratan de intereses por mora, se deberán determinar desde cuándo la Entidad incurrió en mora. En ese sentido, se advierte que las partes no han pactado nada al respecto; sin embargo, tenemos el Artículo 1334° del Código Civil, el cual dispone que:

"En las obligaciones de dar suma de dinero cuyo monto requiera ser determinado mediante resolución judicial, hay mora a partir de la fecha de la citación con la demanda (...)"

Asimismo, la Octava Disposición Complementaria del Decreto Legislativo N° 1071 establece:

"Para efectos de lo dispuesto en los artículos 1334° y 1428° del Código Civil, la referencia a la citación con la demanda se entenderá referida en materia arbitral a la recepción de la solicitud para someter la controversia a arbitraje".

De lo expuesto, se desprende que los intereses moratorios para cuyo cálculo se aplicará la tasa de interés legal, se deberán computar a partir de la fecha en que la Municipalidad Distrital de Chavín de Huántar haya recepcionado la solicitud para someter a arbitraje la controversia en torno a la Valorización N° 04 por parte del Consorcio Machac.

En tal sentido, siendo que la solicitud de inicio de arbitraje fue presentada el 25 de agosto de 2011, es desde esta fecha que se deberá computar el pago de intereses legales a favor del Consorcio Machac, en base al monto adeudado por concepto de la Valorización N° 04 aprobada por el Árbitro Único.

Por los argumentos expuestos, este Árbitro Único declara fundado este extremo del presente punto controvertido; razón por el cual, corresponde que la Municipalidad Distrital de Chavín de Huántar pague a favor del Consorcio Machac la suma ascendente a S/. 71,311.21 (Setenta y Un Mil Trescientos Once y 21/100 Nuevos

Dr. Carlos Alberto Mathews López.

Soles) por concepto de la Valorización N° 04, mas los respectivos intereses legales en base a dicho monto, los cuales empezarán a computarse desde la fecha de presentación de la solicitud de arbitraje, esto es, a partir del día 25 de agosto de 2011.

- Liquidación Final de Obra

En cuanto al pago solicitado por el Consorcio Machac por concepto de la liquidación final de obra por la suma de S/. 33,660.00 (Treinta y Tres Mil Seiscientos Sesenta y 00/100 Nuevos Soles), se debe tener en cuenta lo dispuesto en el Artículo 211° del Reglamento de la Ley de Contrataciones con el Estado, el cual establece a la letra que:

"Artículo 211°.- Liquidación del Contrato de Obra

El contratista presentará la liquidación debidamente sustentada con la documentación y cálculos detallados, dentro de un plazo de sesenta (60) días o el equivalente a un décimo (1/10) del plazo vigente de ejecución de la obra, el que resulte mayor, contado desde el día siguiente de la recepción de la obra. Dentro del plazo máximo de sesenta (60) días de recibida, la Entidad deberá pronunciarse, ya sea observando la liquidación presentada por el contratista o, de considerarlo pertinente, elaborando otra, y notificará al contratista para que éste se pronuncie dentro de los quince (15) días siguientes.

Si el contratista no presenta la liquidación en el plazo previsto, su elaboración será responsabilidad exclusiva de la Entidad en idéntico plazo, siendo los gastos de cargo del contratista. La Entidad notificará la liquidación al contratista para que éste se pronuncie dentro de los quince (15) días siguientes.

La liquidación quedará consentida cuando, practicada por una de las partes, no sea observada por la otra dentro del plazo establecido.

Cuando una de las partes observe la liquidación presentada por la otra, ésta deberá pronunciarse dentro de los quince (15) días de haber recibido la observación; de no hacerlo, se tendrá por aprobada la liquidación con las observaciones formuladas. En el caso de que una de las partes no acoja las observaciones

At.

E.

Dr. Carlos Alberto Matheus López.

*formuladas por la otra, aquélla 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. Toda discrepancia respecto a la liquidación se resuelve según las disposiciones previstas para la solución de controversias establecidas en la Ley y en el presente Reglamento, sin perjuicio del cobro de la parte no controvertida. En el caso de obras contratadas bajo el sistema de precios unitarios, la liquidación final se practicará con los precios unitarios, gastos generales y utilidad ofertados; mientras que en las obras contratadas bajo el sistema a suma alzada la liquidación se practicará con los precios, gastos generales y utilidad del valor referencial, afectados por el factor de relación. **No se procederá a la liquidación mientras existan controversias pendientes de resolver**⁴⁶. ”*

De lo expresado en el citado artículo se puede observar que es de obligación del Contratista presentar la liquidación final de obra, debidamente sustentada en un plazo de sesenta (60) días luego de recepcionada la obra.

Sin embargo, debe tenerse en cuenta que en el presente caso el Árbitro Único ha determinado en los puntos controvertidos precedentes que a la fecha la obra no ha sido recepcionada por la Municipalidad Distrital de Chavín de Huántar, ni por su Comité de Recepción; motivo por el cual, no podría establecerse aún la fecha exacta para el computo de la presentación de la liquidación final de obra, en vista de que a la fecha no existe acta de recepción o acta de constatación física e inventario de obra (en caso de que hubiese una resolución de contrato válidamente realizada).

Asimismo, es importante advertir que para proceder a la elaboración de la liquidación final de obra es necesario que no existan controversias pendientes de resolver y, siendo que en este caso no ocurre ello, pues en el presente arbitraje se puede advertir que se están ventilando varias controversias que han surgido antes de llegar a la etapa de liquidación; razón por la cual, y conforme a lo establecido en

⁴⁶ El sombreado y subrayado es nuestro.

ll.

e.

la normatividad de contrataciones no corresponde aún proceder a la etapa de liquidación.

Por las razones expuestas, este Árbitro Único declara infundado el presente extremo del punto controvertido en análisis; razón por el cual, no corresponde que la Municipalidad Distrital de Chavín de Huántar pague a favor del Consorcio Machac la suma ascendente a S/. 33,660.00 (Treinta y Tres Mil Seiscientos Sesenta y 00/100 Nuevos Soles) por concepto de liquidación final de obra, ni mucho menos reconocer intereses legales.

En base a todas las consideraciones descritas en el presente punto controvertido, este Árbitro Único considera que la presente pretensión debe ser declarada fundada en parte, sólo respecto al primer extremo analizado.

4. CUARTO PUNTO CONTROVERTIDO

Determinar si corresponde ordenar o no a la Municipalidad Distrital de Chavín de Huántar a que efectuó el pago a favor del Consorcio Machac por concepto de indemnización de daño emergente y lucro cesante ascendente a S/. 54,187.53 (Cincuenta y Cuatro Mil Ciento Ochenta y Siete y 53/100 Nuevos Soles) el cual, se habría generado por la arbitraria resolución de contrato que hiciera la demandada.

4.1 POSICIÓN DEL CONTRATISTA

El Consorcio Machac ampara su pedido en los siguientes fundamentos de hecho y de derecho:

Al respecto, el Consorcio Machac refiere que el arbitrario actuar de la demandada les ha generado un severo perjuicio porque a la fecha se adeuda el pago de la valorización N° 4, sin razón alguna en el entendido que aquella acepta que la obra ya fue culminada y por lo mismo conformó un comité de recepción. Adicionalmente, no se efectúa a la fecha la liquidación del contrato que es lo que corresponde de conformidad al Artículo 211° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

Dr. Carlos Alberto Matheus López.

En efecto, el retraso en el pago ha traído como consecuencia que su representada se vea impedida de participar en otros procesos de selección puesto que no pueden cubrir las necesidades de otras entidades.

Por ello, añade la demandante que la actuación de su contraria les ha generado un severo perjuicio por lo que solicita el pago de la indemnización señalada, de conformidad a lo regulado por el Artículo 1321º del Código Civil, aplicable supletoriamente al presente caso, de conformidad al Artículo 48º de la Ley de Contrataciones del Estado, el cual es absolutamente estricto respecto del tema y establece una serie de disposiciones a las que deben ceñirse las partes.

En efecto, dicha parte expresa que el daño emergente es el detrimento, menoscabo o destrucción material de los bienes, con independencia de los efectos patrimoniales o de otra índole que el mal origine. El daño emergente, la pérdida sobrevenida al acreedor por culpa u obra del deudor, al no cumplir la obligación, se traduce en una disminución de su patrimonio.

Por lo anterior, el daño emergente se define como la pérdida patrimonial que genera un empobrecimiento, corresponde citar que para que se pueda hablar de responsabilidad es necesaria la concurrencia de cuatro supuestos:

Un acto, que en el presente caso lo encontramos en el incumplimiento por parte de la Municipalidad Distrital de Chavín de Huántar de la obligación pactada en el contrato, como es el efectuar el pago por las prestaciones efectuadas.

El daño, que es la pérdida y lesión que ha sufrido su representada como consecuencia del incumplimiento por parte de la Entidad demandada de efectuar el pago, que consiste en un deterioro que afecta a los intereses patrimoniales del Consorcio Machac.

El nexo causal que existe entre el daño ocasionado por la demandada ante el incumplimiento de sus obligaciones.

La culpa de parte de la Entidad demandada que no actuó en cumplimiento de la Ley y el Reglamento.

Por su parte el lucro cesante, se produce como consecuencia de que con el incumplimiento del deudor de determinada prestación a su cargo (daño), se impide

que el acreedor genere las ganancias y utilidades que podría lograr de haberse cumplido debidamente con la referida prestación.

En ese sentido, su representada se vio afectado por la falta de pago de parte de la Municipalidad Distrital de Chavín de Huántar quien a la fecha no ha cumplido con realizar el pago referido a la valorización N° 4 por el monto de S/. 71,311.21 (setenta y un mil trescientos once y 21/100 Nuevos Soles) por lo que requieren su pago junto con los intereses legales que correspondan así como que se ordene y apruebe la liquidación final de la obra.

Ante el incumplimiento de su contraparte, la demandante se vio afectada por la falta de pago asumiendo el pago del personal que se contrató para que trabajen en la obra, los equipos y además debió asumir obligaciones así como dejar de participar en procesos de selección donde pudo resultar ganado. Todo ello, genera un costo calculado al 20 de enero de S/. 54,187.53 (cincuenta y cuatro mil ciento ochenta y siete y 53/100 Nuevos Soles) lo cual continúa incrementándose como consecuencia del actuar de la Entidad demandada.

4.2 POSICIÓN DE LA ENTIDAD

A continuación se reseñan los fundamentos de hecho y de derecho a los que hace referencia la Entidad demandada, respecto a este punto controvertido:

La Entidad refiere que para que su contraparte invoque el pago de S/. 258,511.53 ha indicado que no se le ha pagado su valorización N° 02 y sus prestaciones efectuadas y, se le ha retenido la carta fianza, lo cual ha traído como consecuencia que no participe en otros procesos de selección y que la retención de la carta fianza ha inmovilizado una cantidad importante de dinero; por lo que, solicita el pago de esos supuestos daños.

La Municipalidad Distrital de Chavín de Huántar asevera que tales daños son totalmente inexistentes, toda vez que el no pago de su valorización N° 04 no fue efectuado en observancia a las cláusulas del contrato de ejecución de obra suscrito entre el demandante y la Entidad y, en observancia estricta de nuestro ordenamiento jurídico, al presentar serías observaciones que a la fecha no han sido levantadas, por lo que deben de ser tomados en cuenta, así como los medios probatorios que lo respaldan. Al ser inexistente el hecho generador del daño también trae consigo la inexistencia del hecho dañoso y del nexo causal.

h.i.

E.

Si algún daño se ha causado con el incumplimiento contractual en la que incurrió el demandante en la ejecución de la obra, que actualmente se encuentra inoperativa causando malestar y perjuicio a los beneficiarios directos, como son la población del caserío de Machac, es a la Entidad.

Al ser la presente una pretensión accesorio, está sujeta a lo que se resuelva en las otras pretensiones por lo que al declararse infundado el pago de la valoración N° 04 la pretensión de indemnización también seguirá la misma suerte, debiendo declararse en su oportunidad infundada.

Sin perjuicio de lo expuesto precedentemente, la Entidad considera de importancia hacer las siguientes precisiones:

- En cuanto al hecho de que el Consorcio Machac no participó en otros procesos de selección, es un argumento subjetivo, porque el participar en un proceso de selección es un acto voluntario y las acciones de la Entidad no tienen competencia para que puedan restringir ni prohibir a personas naturales ni jurídicas a participar en procesos de selección. Además es de tener en cuenta que el participar no significa que se le va a otorgar la buena pro, es más en el supuesto de que algún postor resulte ganador de la buena pro.
- Nuestra legislación en la materia ha previsto como compensar el retraso en el pago, siendo clara y precisa al disponer que la compensación por el atraso en el pago será el reconocimiento de los intereses legales (Artículo 48° del Decreto Legislativo N° 1017 - Ley de Contrataciones del Estado).

Por todo lo expuesto, la Entidad refiere que el demandante pretende imputar a la Municipalidad Distrital de Chavín de Huántar su incumplimiento contractual manifestando que existiría una mala voluntad por parte de la Entidad para no recepcionar una obra ya concluida y que, en el presente caso, correspondería que se den por levantadas todas las observaciones y se, ordene a su representada que proceda a recepcionar la obra, debiendo tener en cuenta que la Entidad no puede ni pudo recepcionar una obra inconclusa y con observaciones no levantadas, razón por la cual inclusive se devolvió al Consorcio Machac y al Supervisor el expediente de valoración N° 04, ya que la obra se encontraba con observaciones.

Finalmente, la demandada añade que ha acreditado que el Consorcio Machac no ha cumplido con levantar las observaciones que en su oportunidad se le diera a conocer y que su incumplimiento, condujo a la resolución del contrato de obra.

4.3 POSICIÓN DEL ÁRBITRO ÚNICO

Sobre este punto controvertido a analizar es necesario tener presente que la responsabilidad contractual es la que procede ante la infracción de un contrato válido o, lo que es lo mismo, es aquella que resulta del incumplimiento de una obligación nacida de un contrato. Ésta comprende dos partes: Una de ellas es la reparación del daño y la segunda es la indemnización por los perjuicios ocasionados. Así, el Artículo 1321º del Código Civil nos señala a letra que:

"Queda sujeto a la indemnización de daños y perjuicios quien no ejecuta sus obligaciones por dolo, culpa inexcusable o culpa leve".

Asimismo, debe tenerse en cuenta que para que se configure la responsabilidad contractual, debe de cumplirse con lo siguiente: Primero, debe existir un contrato válidamente celebrado, el cual debe ser eficaz; segundo, debe producirse un incumplimiento absoluto o relativo de las obligaciones por parte del deudor, incumplimiento que debe ocasionar un daño; tercero, debe existir una relación de causalidad entre el incumplimiento del deudor y el daño ocasionado al acreedor; y cuarto, deben configurarse los factores de atribución subjetivos y objetivos.

En el caso de la responsabilidad extracontractual, ésta se determina cuando se produce un daño a un tercero con el cual no existe vínculo contractual. Así, los elementos de la responsabilidad civil extracontractual surgen de los sujetos de esta responsabilidad: la víctima, el perjudicado por el daño (o sus causahabientes); y el responsable, autor culpable o doloso de los hechos. El elemento objetivo lo configura el daño y el elemento subjetivo lo integra la culpa y la negligencia, el descuido, la ignorancia o la imprudencia sin deseo de causar el perjuicio.

Asimismo, es necesario señalar que para que surja este tipo de responsabilidad debe haber primero un daño causado; segundo, la existencia de la relación de causalidad entre la conducta del agente y el daño causado a la víctima y los actos de atribución (subjetivos u objetivos).

Así tenemos que entre ambos tipos de responsabilidad civil es fundamental el daño (acto) causado. Si el daño causado no existe no hay responsabilidad contractual ni extracontractual, el daño es el que identifica las responsabilidades; en el campo extracontractual el daño es a cualquier persona, mientras en el contractual el daño es siempre al acreedor⁴⁷. Por otro parte, en la responsabilidad extracontractual se regula la doctrina de la reparación integral del daño que existe. Es por ello, que en este campo se indemniza todos los daños causados a la víctima; mientras que en el ámbito contractual no se reparan, en principio, todos los daños; solamente se reparan, en principio, aquellos que sean consecuencia directa del incumplimiento del deudor.

Ahora bien, hay que tener presente que el monto indemnizatorio en el campo extracontractual no depende de la culpabilidad del autor del acto, mientras que en el campo contractual el monto depende del daño y la culpabilidad del deudor, pues será mayor si es producto de culpa grave o dolo, y será menor si es producto de culpa leve.

Luego de lo expuesto, este Árbitro Único advierte que la pretensión de indemnización solicitada por el Consorcio Machac se configura en una responsabilidad civil contractual, toda vez que el supuesto perjuicio habría surgido como consecuencia de una inejecución de las obligaciones de la Entidad.

En efecto, el Árbitro Único, luego de un análisis de la presente pretensión, ha concluido que lo que el Consorcio Machac está pretendiendo es una indemnización por los supuestos daños y perjuicios que le estaría ocasionando el hecho de verse impedido de participar en diversos procesos de selección similares por el retraso en el pago, por la afectación del pago referido a la Valorización N° 04 y por la supuesta resolución del contrato de manera arbitraria; daños que, como se ha indicado, serían, de probarse, claramente originados por el supuesto incumplimiento de las obligaciones contractuales de la Municipalidad Distrital de Chavín de Huántar.

Ahora bien, habiendo ya determinado que la presente solicitud de indemnización se genera de una responsabilidad civil contractual, queda por determinar quién debe probar el incumplimiento, el daño y si el mismo se encuentra probado en el presente proceso.

⁴⁷ El subrayado es nuestro.

11

11

En esa línea, 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".

Con lo antes transcrito, queda claro que quien tiene la carga de la prueba según el Artículo 1331° del Código Civil, es quien afirma que ha sido perjudicado por la inejecución de la obligación contractual. Asimismo, se desprende del mismo artículo que quien solicita una indemnización debe probarlo. Así, y estando a lo indicado, queda claro, en primer término, que en el presente caso arbitral, quien tiene la carga de probar, si se le provocó un daño por alguna inejecución en las obligaciones contractuales, es el demandante.

Ahora bien, en el presente proceso, el demandante se encuentra pretendiendo una indemnización por supuestos daños y perjuicios, para lo cual, a entender de este Árbitro Único, se debe realizar un análisis detallado de cada supuesto daño que el demandante afirma que se ha ocasionado:

- ***Respecto al retraso en el pago por parte de la Entidad, habría traído consigo que el Consorcio Machac se vea impedido de participar en diversos procesos de selección similares:***

Referente a este punto materia de análisis es importante recordar que, el presente supuesto se encuentra referido a que la Entidad habría incurrido en retraso del pago de la Valorización N° 04, situación que le ha impedido a la demandante participar en otros procesos de selección.

Al respecto, este Árbitro Único aprecia que dicho argumento es muy subjetivo; puesto que, el hecho de que la Entidad hubiera afectado al Contratista al no pagar en su oportunidad la Valorización N° 04, no significa que si el demandante hubiera contado con dicho dinero hubiera ganado la Buena Pro de otros procesos similares, pues esto es un hecho incierto, debido a que hay que tener presente que postular a un Proceso de Selección no te garantiza que vayas a obtener la Buena Pro.

En tal sentido, este Árbitro Único considera que respecto a este punto materia de análisis el demandante no ha cumplido con demostrar el acto antijurídico, el perjuicio o daño, la culpa y el nexo causal de la responsabilidad; toda vez que,

dicha parte se ha limitado únicamente a indicar que existe un daño y perjuicio, pero no ha indicado, por ejemplo, cuál es exactamente ese daño ni cuál es el nexo de causalidad entre el hecho que provoca el daño y el propio perjuicio.

Por tales motivos, este Árbitro Único considera que este punto no es procedente, debido a que no se configuran los requisitos para que proceda la indemnización.

- Respecto a la afectación del pago referido a la Valorización N° 04:

Al respecto, de lo solicitado por el Consorcio Machac, este Colegiado Unipersonal considera que lo pretendido en el presente punto controvertido, deriva del monto impago respecto a la Valorización N° 04 por parte de la Municipalidad Distrital de Chavín de Huántar, monto que fue reconocido a favor del Contratista de acuerdo a lo resuelto por el Árbitro Único en el punto controvertido inmediato anterior.

De este modo, para los supuestos en los cuales la Entidad no cumpla con el oportuno pago a favor del Contratista, tenemos lo establecido en el Artículo 48° de la Ley de Contrataciones del Estado, dispositivo legal que a la letra señala lo siguiente:

"Artículo 48°.- Intereses y penalidades

*En caso de atraso en el pago por parte de la Entidad, salvo que se deba a caso fortuito o fuerza mayor, ésta reconocerá al contratista **los intereses legales**⁴⁸ correspondientes. Igual derecho corresponde a la Entidad en caso sea la acreedora."*

De igual modo, el Artículo 181° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, establece lo siguiente:

"Artículo 181°.- Plazos para los pagos

La Entidad deberá pagar las contraprestaciones pactadas a favor del contratista en la oportunidad establecida en las Bases o en el contrato. Para tal efecto, el responsable de dar la conformidad de recepción de los bienes o servicios, deberá hacerlo en un plazo que no excederá de los diez (10) días calendario de ser éstos recibidos.

⁴⁸ Lo subrayado y resaltado es nuestro.

11:

[Firma manuscrita]

En caso de retraso en el pago, el contratista tendrá derecho al pago de intereses⁴⁹ conforme a lo establecido en el artículo 48º de la Ley, contado desde la oportunidad en que el pago debió efectuarse."

De este modo, tenemos que tanto la Ley de Contrataciones del Estado, así como su Reglamento, establecen cuál será la solución para aquellos casos en los que la Entidad no cumpla con el pago oportuno al Contratista: el derecho de éste último a exigir el pago de intereses.

En el presente caso, sin embargo, el Consorcio Machac señala que, la Municipalidad Distrital de Chavín de Huántar, al no haber pagado el monto solicitado por la Valorización N° 04, le corresponde a ésta responder por los daños y perjuicios ocasionados por la demora en el pago, ello en virtud a lo establecido en el Artículo 1336º del Código Civil, dispositivo legal que a la letra señala lo siguiente:

"Artículo 1321º.- Indemnización por dolo, culpa leve e inexcusable

Queda sujeto a la indemnización de daños y perjuicios quien no ejecuta sus obligaciones por dolo, culpa inexcusable o culpa leve.

El resarcimiento por la inejecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, comprende tanto el daño emergente como el lucro cesante, en cuanto sean consecuencia inmediata y directa de tal inejecución."

Al respecto, corresponde a este Árbitro Único precisar que las normas establecidas en el Código Civil son de aplicación supletoria a las reglas contenidas en la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento⁵⁰, así pues, a decir de este Colegiado Unipersonal, si bien en una relación meramente civil, ante el incumplimiento de una las partes puede solicitarse los respectivos daños y perjuicios por el incumplimiento de su obligación de pago. Para este supuesto en específico, siendo el presente un

⁴⁹ Lo subrayado y resaltado es nuestro.

⁵⁰ "Artículo 142º.- Contenido del Contrato

(...)

En lo no previsto en la Ley y el presente Reglamento, son de aplicación supletoria las normas de derecho público y, solo en ausencia de éstas, las de derecho privado."

111

2

Contrato de Ejecución de Obra, el Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado establece un remedio claro, que es el derecho al pago de intereses, los cuales deben ser incuestionablemente cancelados por la Entidad, por no haber cumplido con el pago oportuno al Contratista, razón por la cual este supuesto no podría ser amparado.

Asimismo, cabe precisar que de acuerdo a lo resuelto por este Árbitro Único respecto al tercer punto controvertido del presente Laudo Arbitral, se está ordenando a la Municipalidad Distrital de Chavín de Huántar que pague a favor del Consorcio Machac la suma ascendente a S/. 71,311.21 (Setenta y Un Mil Trescientos Once y 21/100 Nuevos Soles) por concepto de la Valorización N° 04, más el pago de los respectivos intereses legales los mismos que empezarán a computarse desde la fecha de recepción de la solicitud para someter la controversia a arbitraje, esto es, a partir del día 25 de agosto de 2011.

De ese modo, este Árbitro Único señala que de acuerdo a lo solicitado en el presente extremo y al análisis desarrollado en el anterior punto controvertido, ya se está reconociendo a favor del Contratista los intereses legales que le corresponden por la demora en el pago de la Entidad; por lo que, no correspondería que el demandante obtenga nuevamente un beneficio económico respecto a un punto que ya fue atendido en el tercer punto controvertido del presente Laudo.

- Por la supuesta Resolución de Contrato de manera arbitraria:

Sobre este punto cabe indicar que, el Contratista defiende su posición solicitando los respectivos daños y perjuicios, debido a las diversas controversias que se generaron a raíz de la arbitraria Resolución del Contrato realizada por la Entidad demandada.

En ese sentido, este Árbitro Único expresa que si bien es cierto, en el primer punto controvertido se resolvió que la Resolución de Contrato realizada por la Municipalidad Distrital de Chavín de Huántar resultaba ineficaz, también es cierto indicar que a lo largo del proceso el Consorcio Machac no ha acreditado documentariamente los gastos –que sustenten el monto solicitado– en los que habría incurrido por ésta Resolución de Contrato realizada de manera arbitraria.

14.

E.

Por tal motivo, al no acreditarse debidamente el supuesto daño que se ha producido en su contra, no es posible atribuir responsabilidad contractual alguna, sobre un daño que no ha podido ser verificado.

De lo expuesto en el análisis realizado, este Árbitro Único considera que este extremo tampoco es procedente, debido a que no se ha podido demostrar responsabilidad alguna de la Entidad.

Conforme se ha señalado precedentemente a través de los tres supuestos daños sufridos por el Consorcio Machac, este Árbitro Único considera que la presente pretensión debe ser declarada infundada, debido a que no se configura la indemnización respecto a la afectación del pago referido a la Valorización N° 04, ni la supuesta resolución del contrato de manera arbitraria, las mismas que le impedirían de participar en diversos procesos de selección similares; en razón a que, en estos supuestos no se ha acreditado la existencia de un daño, y que dicho daño haya sido originado por un actuar o un no actuar de parte de la Municipalidad Distrital de Chavín de Huántar, no habiendo sido demostrado, razón por la cual no existe elemento alguno para validar la afirmación del demandante, con lo cual, al no haber probanza de daño, se presume la no existencia de éste.

Por las razones expuestas a lo largo del presente punto controvertido, este Árbitro Único considera que la pretensión indemnizatoria debe ser declarada infundada.

III.2.2.- PUNTO CONTROVERTIDO DE LA RECONVENCIÓN

5. PUNTO CONTROVERTIDO

Determinar si corresponde ordenar o no al Consorcio Machac a que efectúe el pago a favor de la Municipalidad Distrital de Chavín de Huántar por concepto de indemnización por daños y perjuicios ascendente a S/. 242,818.03 (Doscientos Cuarenta y Dos Mil Ochocientos Dieciocho y 03/100 Nuevos Soles) más los respectivos intereses; el cual, se habría generado porque el Consorcio Machac no cumplió a cabalidad con sus obligaciones contractuales.

5.1 POSICIÓN DE LA ENTIDAD

14.

6.

La Entidad ampara su pretensión en los siguientes fundamentos de hecho y de derecho:

El Consorcio Machac y la Municipalidad Distrital de Chavín de Huántar suscribieron Contrato N° 043-2010-MDCHH/GM de fecha 10 de agosto de 2010, con el objeto de la ejecución de la obra denominada: "Construcción y Equipamiento del Puesto de Salud de la Localidad de Machac, Micro Red Chavín de Huántar, Red Conchucos Sur, Distrito de Chavín de Huántar-Huari-Ancash".

La demandada refiere que luego de suscrito el Contrato de obra el Consorcio Machac, inició las actividades de ejecución de obra objeto de contrato el día 18 de setiembre de 2010, contando con un plazo de ejecución de 120 días calendario, ejecución de obra que se ha venido realizando de forma deficiente, causando grave daño económico y social al caserío de Machac, del distrito de Chavín de Huántar, toda vez, que a la actualidad este caserío ya debería de contar con una infraestructura dedicada a la atención y cuidado de la salud pública, atención que se ha visto frustrada y disminuida en razón al cumplimiento de sus fines, ya que no se ha cumplido hasta la fecha con ejecutar a cabalidad el puesto de salud y peor aún las partidas ejecutadas, valorizadas y en casi todo pagadas, demuestran fallas constructivas y estructurales, las cuales de por si han causado notoriamente un perjuicio patrimonial a la Entidad, así como a la población chavina, que necesariamente deben de ser indemnizados.

La Municipalidad Distrital de Chavín de Huántar expresa que una vez, realizadas las evaluaciones, observaciones e inspecciones a la obra denominada: "Construcción y Equipamiento del Puesto de Salud de la Localidad de Machac, Micro Red Chavín de Huántar, Red Conchucos Sur, Distrito de Chavín de Huántar-Huari-Ancash" se determinó que ésta no ha sido concluida y peor aún, a la fecha resulta notorio que no cumple con los parámetros técnicos establecidos en el expediente técnico. También es de mencionar que mediante Resolución Gerencial N° 0240-2011-MDCHH/GM de fecha 09 de agosto de 2011, la Entidad decidió resolver el contrato de ejecución de obra, por haber llegado a acumular el máximo de la penalidad, al no haber subsanado en su totalidad las observaciones realizadas por el Comité de Recepción de Obra, es decir por un acto imputable al demandante, en consecuencia y, por estas razones, se han generado daños y perjuicios a su representada los mismos que deberán ser honrados de conformidad a lo previsto por nuestra legislación por el Consorcio Machac.

h. j. i.

E.

La Entidad añade que de la obra en referencia se ha podido evidenciar que el Consorcio Machac no subsanó las observaciones realizadas con fecha 11 de febrero del 2011 (Acta de Observaciones), así como su ejecución se ha realizado de forma defectuosa, lo que trajo consigo el incumplimiento contractual en que incurrió su contraria, que objetivamente se reflejó en las omisiones técnicas, ejecución sin observar el expediente técnico, defectos constructivos y estructurales (incumplimiento del contrato: ejecutar una obra sin observar el expediente técnico), es así que se advierte que todas las puertas contra placadas deberían tener un espesor de 2" (5cm) y con planchas de triplay de 4mm. Lamina A-04 - plano, sin embargo los espesores varían de 40 a 42 mm., las Bancas de madera no cumplen con lo especificado en la lamina A-01 (Primera Planta General), las papeleras metálicas no cumplen con lo especificado en la Lamina A-01, estas se encuentran a 10Cm. del nivel del suelo; entre otros, de que por sí deben de ser resarcidos.

La Entidad refiere que para poner operativa la obra inconclusa y mal construida deberá de realizar los siguientes gastos, los mismos que a continuación pasa a detallar, y así recién poder satisfacer la necesidad de atención a la salud de la población del caserío de Machac, Distrito de Chavín de Huántar:

Gastos derivados del incumplimiento contractual (por estar la obra inconclusa):

a) En la Actualidad el Consorcio Machac no ha cumplido con la subsanación de las observaciones realizadas en el Acta de Observaciones y Subsanación de Observaciones, es así que el costo directo de Valorización Real Sub Presupuesto de Arquitectura asciende a la suma de S/. 228,899.29 nuevos soles y el Costo Directo Sub Presupuesto de Estructuras (Según Presupuesto) asciende a S/. 373,769.31 nuevos soles, existiendo una diferencia de S/. 144,870.02 (Ciento Cuarenta y Cuatro Mil Ochocientos Setenta con 02/100) nuevos soles, debido a que el demandante a la fecha no ha cumplido con subsanar las observaciones realizadas por el comité de Recepción de obra.

b) Para la subsanación de las Deficiencias en muchos casos se va tener que rehacer, lo cual implica:

- La demolición de lo ejecutado, principalmente en las partidas que componen el TITULO 02.00 REVOQUES, ENLUCIDOS Y MOLDURAS, debido a que estos

MA

CE

trabajos realizados al perder el agua rápidamente se han deshidratado y por ello se presentan fisuras que han sido observadas al Consorcio Machac.

- La desinstalación y desmontaje de los techos confeccionados con baldosas minerales para corregir la horizontalidad de los perfiles de aluminio donde se soportan las baldosas, las mismas que se suspenden y se encuentran fijadas en las correas de madera TITULO 04.00 CIELORRASOS.
- Del TITULO 05.00 PISOS Y PAVIMENTOS la partida 05.02 PISO DE CEMENTO PULIDO Y BRUÑADO, se encuentra observada debido a que esta no es horizontal ni tiene el acabado requerido, ni la ejecución de las bruñas según lo indican la Lamina A-02 (1.00mX1.00m) por lo que para su subsanación tiene que demolerse y eliminarse estos materiales para su reposición de acuerdo a lo requerido.
- En el titulo 07.00 CARPINTERÍA DE MADERA tiene que Realizarse la desinstalación de puertas y ventanas de madera para el cambio de las mismas de acuerdo a las dimensiones indicadas en los planos "Puertas y Ventanas" Lamina A-04.
- En el TITULO 10.00 VIDRIOS, CRISTALES Y SIMILARES tienen que retirarse los vidrios crudos (simples) colocados y volverse a colocar los vidrios de acuerdo a la lamina A-04, plano "Puertas Ventanas".
- En el TITULO 11.00 PINTURA todas estas partidas tienen que volverse a realizar debido a que por deficiencias en los trabajos realizados de REVOQUE, ENLUCIDOS Y MOLDURAS tienen que demolerse éstos y volverse a ejecutar para su posterior pintado, esto porque ambas partidas son vinculantes.

Los costos por volverse a rehacer trabajos ascenderá a S/. 57, 984.01 (Cincuenta y Siete Mil Novecientos Ochenta y Cuatro con 01/100) nuevos soles.

Gastos derivados de los daños Post Construcción:

Como son fisuras en los baños, las ventanas, debido al asentamiento del cimientto corroído del muro y para evitar que el muro pierda estabilidad y ponga en riesgo la vida de los usuarios, se necesitan trabajos adicionales; la presencia de yerbas en las juntas de dilatación de la VEREDA DE ACCESO PEATONAL, debido a que el

material empleado para la ejecución de partida 03.02.06 "AFIRMADO 4" PARA PISOS INTERIORES Y EXTERIORES NO ES UN MATERIAL INERTE; los acabados en los ambientes construidos no cumplen con los estándares requeridos por el Ministerio de Salud; en este sentido rehacer estos trabajos implicaría el reforzamiento de los mismos, los que ascenderán a un costo aproximado de S/. 40,000.00 (Cuarenta Mil con 00/100) nuevos soles.

Gastos de inversión que son necesarios para el cumplimiento de los fines que se ha trazado esta Entidad, ya que toda ejecución de obra, se encuentra destinada al uso público, máxime si la obra: "Construcción y Equipamiento del Puesto de Salud de la Localidad de Machac, Micro Red Chavín de Huántar, Red Conchucos Sur, Distrito de Chavín de Huántar-Huari-Ancash", tiene en algunos casos que demolerse y rehacerse, toda vez que se trata de una infraestructura de interés fundamental o de primer orden, ya que está destinada para la atención, conservación, restablecimiento de la salud pública, el cual es un derecho fundamental de toda persona y que el Estado a través de sus diferentes órganos e instancias se encuentra obligada a cautelar, y en el presente caso se debe de resguardar derechos colectivos de carácter fundamental.

1. Que, de acuerdo al Informe N° 098-2012-GDUR-MDCHH/RCSR/SGESO, de fecha 02.03.2012 que remite el Informe de Daños y Estado Situacional de la Obra "Construcción y Equipamiento del Puesto de Salud de la Localidad de Machac, Micro Red Chavín de Huántar, Red Conchucos Sur, Distrito de Chavín de Huántar-Huari-Ancash", emitido por la Sub Gerencia de Ejecución y Supervisión de Obras, de la Municipalidad Distrital de Chavín de Huántar, se ha podido determinar que la manera de cómo se ejecutó la obra hace inutilizable la misma, por lo que el Consorcio Machac ha incurrido en faltas graves que vienen causando daño económico a esta entidad Edil, ya que por la naturaleza de la obra en ejecución, destinada al cuidado de la salud de persona humana no debería de contar con deficiencias, por estar catalogada como una edificación esencial y especial, cuya función no debe ser interrumpida ante cualquier desastre natural.
2. Es por estas razones que se demanda el reconocimiento de una indemnización por daños y perjuicios (daño emergente) ocasionados por el Consorcio Machac, integrado por las siguientes empresas: Inversiones DD & J SAC con RUC N° 20407811705 y, JZ Inversiones SAC con RUC N° 20534151307; quienes son responsables de forma solidaria por los daños ocasionados.



3. Que, para efecto de la demanda de indemnización se deberá de tener en cuenta el daño emergente causado, el mismo que está representado por la disminución en el patrimonio del perjudicado, en este caso la Municipalidad Distrital de Chavín de Huántar, el cual se acredita en el hecho que el avance de la obra tendrá que ser demolido o en el mejor de los escenarios tendrá que ser cuasi en su totalidad reforzada, a fin de que cumpla con los parámetros técnicos requeridos a este tipo de infraestructuras, de acuerdo a lo expresado párrafos anteriores.
4. Es necesario precisar que la responsabilidad civil se ocupa de los daños generados por la acción u omisión de un sujeto y de su reparación a favor del afectado, perteneciendo esta calidad de afectado a la Municipalidad Distrital de Chavín de Huántar, quien deberá ser resarcida por el daño ocasionado por la defectuosa ejecución de obra, máxime si el daño ocasionado deriva del incumplimiento de la obligación establecida en el contrato de obra, en el que el Consorcio Machac ha incumplido con su obligación, ya que a diferencia de cualquier contrato de obra, el contrato de ejecución de obra suscrito, entre el Consorcio Machac y la Municipalidad de Chavín de Huántar, contaba con especificaciones determinadas de cómo debía de cumplirse con las obligaciones asumidas (partida por partida, expediente técnico, plantel técnico), es decir que contaba con los parámetros y especificaciones que debía de contener cada una de las partes integrantes del Puesto de salud en construcción, los cuales fueron incumplidos.
5. La responsabilidad es imputable al Consorcio Machac por haber actuado con dolo, por lo cual deberá de indemnizar al afectado. El dolo se expresa en el incumplimiento deliberado de la obligación, elemento subjetivo con que ha actuado el demandado ya que tenía pleno conocimiento, de las normas técnicas con las que debía de cumplir al ejecutar cada partida del expediente técnico, es decir que no ha cumplido de forma deliberada con las especificaciones técnicas de calidad y económicas que se encuentran señaladas en el expediente técnico, causando de esta forma grave perjuicio a la Entidad Municipal, ya que la construcción realizada hasta la actualidad no podrá ser empleada en el uso como Puesto de salud.
6. En este caso la responsabilidad derivada de la inejecución cabal de las partidas, según el contrato puede ser resarcida mediante la reposición de los bienes

dañados o mal ejecutados por el Consorcio Machac, correspondiendo una compensación económica que pueda solventar los gastos en que se pueda incurrir al momento que la administración pública proceda a realizar trabajos de culminación de la obra, reforzamiento o demolición o re-ejecución de las partidas, a fin de que la obra en ejecución cumpla con los parámetros requeridos y establecidos en el expediente técnico y ello conlleve a que también cumpla con los estándares de calidad exigidos por el Ministerio de Salud.

7. En consecuencia se entenderá por daño el menoscabo sufrido por un patrimonio. Las lesiones inferidas a los bienes, el daño consiste en la diferencia que media entre el estado actual del patrimonio que lo sufre y aquel que tendría si el hecho dañoso no se hubiera producido, concibiéndose al daño como la afectación que se produce en los derechos de otra persona jurídica (Entidad) – y que puede ser resarcible, dentro del sistema jurídico imperante, pues éste tiene una constante movilidad, en la determinación del marco del daño resarcible, cumpliéndose para esto los requisitos básicos del daño, ya que éste debe ser: cierto, personal del damnificado-accionante, además, obviamente, constituir una afectación a un derecho (incluimos también lo que algunos denominan interés) y en el marco de las relaciones obligacionales de contenido económico y social como para el presente caso tenía el cumplimiento cabal de la ejecución del contrato, es por esto que la falta de cumplimiento y el cumplimiento defectuoso dañan el interés del acreedor, que no solo se beneficia con el incremento que en su patrimonio se debería producir representado en el valor de la prestación que falta o es defectuosa, que en términos generales deberán ser reparados.
8. Y por último, podemos definirla como el nexo o relación existente entre el hecho determinante del daño y el daño propiamente dicho, en el hecho de no haber ejecutado las partidas del expediente de forma cabal incumpliendo parámetros técnicos y de calidad, los cuales han sido causa de que en la actualidad se tenga estructuradas básicas con deficiencias que necesitan ser demolidas o reforzadas por no corresponder a los estándares exigidos en el expediente técnico de la obra de "Construcción y Equipamiento del Puesto de Salud de la Localidad de Machac, Micro Red Chavín de Huántar, Red Conchucos Sur, Distrito de Chavín de Huántar – Huari - Ancash", constituyéndose como una relación de causa efecto, esta relación causal nos permitirá establecer hechos susceptibles de ser considerados hechos determinantes del daño (como es el incumplimiento de contrato y la omisión de haber empleado materiales e instrumentos de calidad exigidos en el expediente técnico), el cual es aquel que ocasionó el daño que

produce finalmente el detrimento (gasto adicional que se incurrirá para la demolición y reconstrucción de partidas mal ejecutadas).

En consecuencia, la Entidad expresa que previa las formalidades del caso se deberán proceder conforme corresponde a sus legales atribuciones y emitir un laudo versado en derecho declarando fundada la indemnización por daños y perjuicios formulada.

5.2 POSICIÓN DEL CONTRATISTA

A continuación se reseñan los fundamentos de hecho y de derecho a los que hace referencia el Contratista, respecto a este punto controvertido:

El Consorcio Machac expresa que su contraria ha indicado que la obra no ha sido concluida y que su realización fue de forma defectuosa, alegando una serie de presuntos gastos para ponerla operativa y observaciones a la labor del supervisor que en nada tiene que ver con el desarrollo de sus labores.

Por ello, la demandante solicita evaluar el comportamiento de la Entidad que ante lo sucedido tuvo una actitud totalmente negligente puesto que no dio cuenta de las observaciones, siguiendo el procedimiento formal establecido por la norma y además no tiene en cuenta que por el sólo transcurso del tiempo la obra ya posee un desgaste natural por el clima de la zona y por el mal uso que le ha dado su contraparte, pues tiene abandonada una obra que pudo ser utilizada sin problemas atendiendo a que las observaciones ya habían sido levantadas. En todo caso, si a criterio de la demandada, existían algunas observaciones debió informarlo en su oportunidad y no esperar a que su representada iniciara un arbitraje para que una vez instalado aquel, medio año después de resolverles arbitrariamente el contrato, indiquen que aquella es inutilizable.

De otro lado, el demandante expresa que su contraparte pretende validar un informe elaborado en marzo de este año (Informe N° 098-2012-GDUR-MDCHH/RCSR/SGESO de fecha 02 de marzo de 2012) donde indican, sobre la base de la evaluación efectuada recién este año, que la obra es inutilizable, cuando su representada desconoce el estado en el que se encuentra o el uso que se le ha brindado, de tal manera que no se les puede imputar medio año después cuestionamientos que no fueron realizados en su oportunidad.

cf.

cf.

En efecto, el daño emergente es el detrimento, menoscabo o destrucción material de los bienes, con independencia de los efectos patrimoniales o de otra índole que el mal origine.

Por lo anterior, el Consorcio Machac manifiesta que no se le ha generado daño emergente alguno a la Entidad puesto que ellos no han sufrido pérdida patrimonial que genere empobrecimiento puesto que la obra ya había sido entregada y aquella podía darle el uso que correspondía, tomando la decisión particular y negligente de abandonarla, y más bien por el contrario, es el Consorcio Machac el que se ha visto perjudicado pues a la fecha no se ha cumplido con efectuar el pago pendiente generándoles un severo perjuicio que a la fecha no ha sido solucionado.

Por lo tanto, la demandante refiere que su contraparte no ha sustentado conforme a ley el presunto daño emergente que les pretende imputar puesto que no indican expresamente el presunto daño que se les habría ocasionado y sólo requieren que se les repare. De igual modo, indican de un modo ligero que el Consorcio Machac actuó con dolo sin precisar las razones por las cuales concluyen ello.

5.3 POSICIÓN DEL ÁRBITRO ÚNICO

En relación al presente punto controvertido a analizar, es necesario tener presente que la responsabilidad contractual es la que procede ante la infracción de un contrato válido o, es aquella que resulta del incumplimiento de una obligación nacida de un contrato. Ésta comprende dos partes: Una de ellas es la reparación del daño y la segunda es la indemnización por los perjuicios ocasionados. Así, el Artículo 1321° del Código Civil señala lo siguiente:

"Queda sujeto a la indemnización de daños y perjuicios quien no ejecuta sus obligaciones por dolo, culpa inexcusable o culpa leve".

Asimismo, debe tenerse en cuenta que para que se configure la responsabilidad contractual, debe de cumplirse con lo siguiente: Primero, debe existir un contrato válidamente celebrado, el cual debe ser eficaz; segundo, debe producirse un incumplimiento absoluto o relativo de las obligaciones por parte del deudor, incumplimiento que debe ocasionar un daño; tercero, debe existir una relación de causalidad entre el incumplimiento del deudor y el daño ocasionado al acreedor; y cuarto, deben configurarse los factores de atribución subjetivos y objetivos.

HA

ee

En el caso de la responsabilidad extracontractual, ésta se determina cuando se produce un daño a un tercero con el cual no existe vínculo contractual. Así, los elementos de la responsabilidad civil extracontractual surgen de los sujetos de esta responsabilidad: la víctima, el perjudicado por el daño (o sus causahabientes); y el responsable, autor culpable o doloso de los hechos. El elemento objetivo lo configura el daño y el elemento subjetivo lo integra la culpa y la negligencia, el descuido, la ignorancia o la imprudencia sin deseo de causar el perjuicio.

Asimismo, es necesario señalar que para este tipo de responsabilidad debe haber primero un daño causado; segundo, la existencia de la relación de causalidad entre la conducta del agente y el daño causado a la víctima y los actos de atribución (subjetivos u objetivos).

Así tenemos que, entre ambos tipos de responsabilidad civil es fundamental el daño (acto) causado. Si el daño causado no existe no hay responsabilidad contractual ni extracontractual, el daño es el que identifica las responsabilidades; en el campo extracontractual el daño es a cualquier persona, mientras en el contractual el daño es siempre al acreedor⁵¹. Por otra parte, en la responsabilidad extracontractual se asume la doctrina de la reparación integral del daño que existe. Es por ello, que en este campo se indemniza todos los daños causados a la víctima; mientras que en el ámbito contractual no se reparan, en principio, todos los daños; solamente se reparan, en principio, aquellos que sean consecuencia directa del incumplimiento del deudor.

Ahora bien, hay que tener presente que el monto indemnizatorio en el campo extracontractual no depende de la culpabilidad del autor del acto, mientras que en el campo contractual el monto depende del daño y la culpabilidad del deudor, pues será mayor si es producto de culpa grave o dolo, y será menor si es producto de culpa leve.

Luego de lo expuesto, este Árbitro Único advierte que la pretensión de indemnización solicitada por la Municipalidad Distrital de Chavín de Huántar se configura en una responsabilidad civil contractual, toda vez que el supuesto perjuicio habría surgido como consecuencia de la inejecución de obligaciones a cargo del Contratista.

⁵¹ El subrayado es nuestro.

Ar

Ar

En efecto, el Árbitro Único, luego de un análisis de la presente pretensión, ha concluido que lo que la Municipalidad Distrital de Chavín de Huántar está pretendiendo es una indemnización por los supuestos daños y perjuicios que le estaría ocasionando el hecho de que el Consorcio Machac no cumpla con sus obligaciones –levantamiento de observaciones– establecidas en el Contrato; daños que, como se ha indicado, serían, de probarse, claramente originados por el supuesto incumplimiento de las obligaciones contractuales del Consorcio Machac.

Ahora bien, habiendo ya determinado que la presente solicitud de indemnización se genera de una responsabilidad civil contractual, queda por determinar quién debe probar el incumplimiento, el daño y si el mismo se encuentra probado en el presente proceso.

En esa línea, 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".

Con lo antes transcrito, queda claro que quien tiene la carga de la prueba según el Artículo 1331° del Código Civil, es quien afirma que ha sido perjudicado por la inejecución de la obligación contractual. Asimismo, se desprende del mismo artículo que quien solicita una indemnización debe probarlo. Así, y estando a lo indicado, queda claro, en primer término, que en el presente caso arbitral, quien tiene la carga de probar, si se le provocó un daño por alguna inejecución en las obligaciones contractuales, es la Entidad demandada.

Ahora bien, en el presente proceso, la Entidad demandada se encuentra pretendiendo una indemnización por supuestos daños y perjuicios, debido a que el Consorcio Machac no habría cumplido a cabalidad con sus obligaciones contractuales, manifestando que dicha parte no cumplió con levantar las observaciones formuladas mediante el Informe N° 001-2011-GDUR-MDCHH/COMITÉ de fecha 14 de marzo de 2011, lo cual le ha generado un perjuicio a su representada, pues la obra a la fecha no se encuentra totalmente concluida conforme a lo establecido en el Expediente Técnico, adjuntando para ello documentos que acreditarían los daños post construcción de la obra.

14.

EE

Sin embargo, debe recordarse que en el análisis del primer punto controvertido se concluyó que el Informe N° 001-2011-GDUR-MDCHH/COMITÉ de fecha 14 de marzo de 2011, es nulo.

Ahora bien, teniendo en cuenta, que en el primer punto controvertido se resolvió que el Informe N° 001-2011-GDUR-MDCHH/COMITÉ de fecha 14 de marzo de 2011, es nulo. Entonces, la Municipalidad Distrital de Chavín de Huántar no podría alegar el incumplimiento de obligaciones contractuales a cargo del Consorcio Machac, pues dichas observaciones contenidas en dicho documento no fueron consideradas por todos los miembros del Comité de Recepción y, tampoco dicho informe se realizó acorde a lo dispuesto en el numeral 3) del Artículo 210° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado; motivo por el cual, carecería de sustento el motivo por el que procedería la presente pretensión indemnizatoria.

En consecuencia, al no acreditarse debidamente el supuesto daño que se ha producido en su contra, no es posible atribuir responsabilidad contractual alguna, sobre un daño que no ha podido ser verificado.

De lo expuesto en este análisis, este Árbitro Único considera que la presente pretensión indemnizatoria debe ser declarada infundada, debido a que no se ha podido demostrar responsabilidad alguna a cargo del Consorcio Machac.

III.2.3.- PUNTO CONTROVERTIDO EN COMÚN

6. SEXTO PUNTO CONTROVERTIDO

Determinar a quién corresponde el pago de los costos y costas que se generen del presente proceso arbitral.

6.1 POSICIÓN DEL CONTRATISTA

El Consorcio Machac ampara su pedido en los siguientes fundamentos de hecho y de derecho:

La demandante solicita que sea la Municipalidad Distrital de Chavín de Huántar la que asuma íntegramente el pago de costas y costos de todo lo que pueda generar el presente proceso de arbitraje, ello tomando en consideración su actuar arbitrario

H.

E.

para los intereses de su representada de conformidad a los puntos detallados en la presente demanda.

6.2 POSICIÓN DE LA ENTIDAD

A continuación se reseñan los fundamentos de hecho y de derecho a los que hace referencia la Entidad demandada, respecto a este punto controvertido:

Respecto a las costas y costos del proceso la Municipalidad Distrital de Chavín de Huántar refiere que esta es otra de las pretensiones accesorias, por lo que seguirá la suerte de lo que se resuelva en la pretensión principal y, al haber la Entidad demandada emitido la Resolución Gerencial N° 0240-2011-MDCHH/GM de fecha 09 de agosto de 2011, en observancia de su ordenamiento jurídico, el pago de las costas y costos deben de ser de cargo del Consorcio Machac.

6.3 POSICIÓN DEL ÁRBITRO ÚNICO

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 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 Árbitros podrán distribuir y prorratear estos costos entre las partes, si estiman que el prorrateo es razonable, teniendo en cuenta las circunstancias del caso.

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 Árbitro Único se pronuncie sobre este tema de manera discrecional y apelando a su debida prudencia.

Considerando el resultado del arbitraje, desde el punto de vista del Árbitro Único, no puede afirmarse en puridad que existe una "parte perdedora", en vista de que ambas partes tuvieron motivos suficientes y atendibles para litigar, habida cuenta de que debían defender sus pretensiones en la vía arbitral. Por ello, atendiendo al buen comportamiento procesal de las partes y a la incertidumbre jurídica que existía entre ellas, corresponde disponer que cada de una de las partes asuma los

14

14

costos del presente arbitraje; en consecuencia, cada parte debe asumir el pago de la mitad de los gastos arbitrales decretados en este arbitraje (entiéndase los honorarios del Árbitro Único y de la Secretaría Arbitral); así como los costos y costas en que incurrieron o debieron de incurrir como consecuencia del presente arbitraje.

En relación a ello, cabe precisar que producto de las pretensiones planteadas por el Consorcio Machac, se tiene que conforme a los numerales 39) y 40) del Acta de Instalación del Árbitro Único de fecha 10 de enero de 2012, se fijó como honorarios arbitrales netos para el Árbitro Único, la suma de S/. 6,000.00 (Seis Mil y 00/100 Nuevos Soles), y como honorarios netos de la Secretaría Ad Hoc, que incluía los gastos procedimentales, la suma de S/. 3,600.00 (Tres Mil Seiscientos y 00/100 Nuevos Soles). Ello implica que los gastos arbitrales totales del arbitraje hicieron un total de S/. 9,600.00 (Nueve Mil Seiscientos y 00/ 100 Nuevos Soles).

Tales montos fueron cubiertos en su totalidad por el Consorcio Machac, es decir el demandante canceló también los gastos arbitrales a cargo de la Municipalidad Distrital de Chavín de Huántar, de lo cual se dejó constancia a través de las Resoluciones N° 01 y N° 07 de fechas 27 de enero y 13 de marzo de 2012, respectivamente.

Asimismo, es importante recordar que mediante Resolución N° 09 de fecha 27 de marzo de 2012, se efectuó una liquidación por la presentación de la reconvencción planteada por la Municipalidad Distrital de Chavín de Huántar, fijándose como honorario arbitral neto para el Árbitro Único, la suma de S/. 10,000.00 (Diez Mil y 00/100 Nuevos Soles), y como honorario neto de la Secretaría Ad Hoc, que incluía los gastos procedimentales, la suma de S/. 6,000.00 (Seis Mil y 00/100 Nuevos Soles). Ello implica que los gastos arbitrales derivados de la reconvencción hicieron un total de S/. 16,000.00 (Dieciséis Mil y 00/100 Nuevos Soles).

Tales montos también fueron cubiertos en su totalidad por la Municipalidad Distrital de Chavín de Huántar, es decir la Entidad demandada canceló también los gastos arbitrales a cargo del Consorcio Machac, de lo cual se dejó constancia a través de la Resolución N° 25 de fecha 27 de agosto de 2012.

De otro lado, es preciso indicar que a través de Resolución N° 35 de fecha 05 de noviembre de 2012, se efectuó una liquidación por la complejidad de las controversias a resolver, fijándose como honorario arbitral neto para el Árbitro

HL

E.

Único, la suma de S/. 20,000.00 (Veinte Mil y 00/100 Nuevos Soles), y como honorario neto de la Secretaría Ad Hoc, que incluía los gastos procedimentales, la suma de S/. 12,000.00 (Doce Mil y 00/100 Nuevos Soles). Ello implica que los gastos arbitrales derivados de la reconvencción hicieron un total de S/. 32,000.00 (Treinta y Dos Mil y 00/100 Nuevos Soles).

Tales montos fueron cubiertos en su totalidad por el Consorcio Machac, es decir el demandante canceló también los gastos arbitrales a cargo de la Municipalidad Distrital de Chavín de Huántar, de lo cual se dejó constancia a través de las Resoluciones N° 52 y N° 54 de fechas 04 y 21 de junio de 2013, respectivamente.

En ese sentido, estando a la decisión de este Árbitro Único de que cada una de las partes asuma sus costos, costas y gastos arbitrales, tenemos que en lo que respecta a los gastos arbitrales que en total ascienden a S/. 57,600.00 (Cincuenta y Siete Mil Seiscientos y 00/100 Nuevos Soles), cada parte deberá asumir el 50% de este monto, es decir S/. 28,800.00 (Veintiocho Mil Ochocientos y 00/100 Nuevos Soles).

En consecuencia, y siendo que ambas partes no han cumplido con el pago de los honorarios a su cargo derivados del Acta de Instalación, de la Reconvencción y por Complejidad de la Materia, corresponde que la Municipalidad Distrital de Chavín de Huántar devuelva a la demandante la suma de S/. 20,800.00, que es el monto que el Consorcio Machac canceló por concepto de gastos arbitrales del proceso a cargo de su contraria derivados del Acta de Instalación y por la Complejidad de la Materia. Asimismo, corresponde que el Consorcio Machac devuelva a la Entidad la suma de S/. 8,000.00, que es el monto que la demandada canceló por concepto de gastos arbitrales del proceso a cargo de su contraria derivados de la Reconvencción.

En ese sentido, y siendo que ambas partes tienen que devolverse la sumas indicadas en el párrafo precedente, este Árbitro Único es de la opinión que el saldo de dichos montos debe ser devuelto por la Entidad demandada; es decir, que la Municipalidad Distrital de Chavín de Huántar deberá reconocer al Consorcio Machac la suma ascendente a S/. 12,800.00 (Doce Mil Ochocientos con 00/100 Nuevos Soles).

7. MULTAS IMPUESTAS EN EL PROCESO

En el presente arbitraje, el Árbitro Único conforme a las facultades conferidas en el tercer párrafo⁵² del numeral 24) del Acta Instalación de Árbitro Único de fecha 10 de enero de 2012, multó a la Municipalidad Distrital de Chavín de Huántar, por las siguientes razones:

Mediante Resolución N° 25 de fecha 27 de agosto de 2012, el Árbitro Único requirió a la Entidad para que en un plazo de cinco (05) días hábiles, cumpla con la entrega de las copias de los certificados de retención tanto del Árbitro Único como de la Secretaria Ad Hoc.

Posteriormente, mediante Resolución N° 31 de fecha 31 de octubre de 2012, se volvió a requerir a la Entidad para que en un plazo de cinco (05) días hábiles, cumpla con la entrega de las copias de los certificados de retención tanto del Árbitro Único como de la Secretaria Ad Hoc; bajo apercibimiento de que, en caso de incumplimiento se le aplique una multa, la cual sería fijada a favor del Consorcio Machac.

Ante el incumplimiento reiterado de la Entidad, mediante Resolución N° 37 de fecha 03 de diciembre de 2012, el Árbitro Único multó a la Municipalidad Distrital de Chavín de Huántar con 0.2 UIT, monto que deberá pagar a favor del Consorcio Machac, por su conducta procesal relacionada con la no presentación de las copias de los certificados de retención tanto del Árbitro Único como de la Secretaria Arbitral.

De otro lado, mediante Resolución N° 69 de fecha 23 de diciembre de 2013, el Árbitro Único requirió a la Entidad para que en un plazo de cinco (05) días hábiles, efectúe la devolución del recibo por honorario de la perito que les fuera remitido mediante Carta s/n de fecha 03 de julio de 2013 y recepcionado por la demandada con fecha 20 de julio de 2013.

Posteriormente, con Resolución N° 72 de fecha 27 de enero de 2014, se volvió a requerir a la Entidad para que en un plazo de cinco (05) días hábiles, efectúe la devolución del recibo por honorario de la perito que les fuera remitido mediante

⁵² "24) (...) El Árbitro Único está plenamente facultado a aplicar multas a la parte que incumpla sus requerimientos; el monto de la multa constará en el respectivo laudo arbitral y deberá ser abonado a favor de la contraparte al momento de la ejecución del mismo".

Carta s/n de fecha 03 de julio de 2013 y recepcionado por la demandada con fecha 20 de julio de 2013; bajo apercibimiento de que, en caso de incumplimiento, se le aplique una multa equivalente a 0.2 UIT.

Ante el incumplimiento reiterado de la Entidad, mediante Resolución N° 75 de fecha 12 de marzo de 2014, el Árbitro Único multó a la Municipalidad Distrital de Chavín de Huántar con 0.2 UIT, monto que deberá pagar a favor del Consorcio Machac, por su conducta procesal relacionada con la no devolución del recibo por honorario profesional de la perito. Cabe indicar, que en la mencionada resolución se requirió nuevamente a la Entidad para que en un plazo de cinco (05) días hábiles, efectúe la devolución del recibo por honorario de la perito que les fuera remitido mediante Carta s/n de fecha 03 de julio de 2013 y recepcionado por la demandada con fecha 20 de julio de 2013.

Posteriormente, con Resolución N° 76 de fecha 21 de abril de 2014, se volvió a requerir a la Entidad para que en un plazo de cinco (05) días hábiles, efectúe la devolución del recibo por honorario de la perito que les fuera remitido mediante Carta s/n de fecha 03 de julio de 2013 y recepcionado por la demandada con fecha 20 de julio de 2013; bajo apercibimiento de que, en caso de incumplimiento, se le aplique una multa equivalente a 0.2 UIT.

Ante el incumplimiento reiterado de la Entidad, mediante Resolución N° 79 de fecha 16 de junio de 2014, el Árbitro Único multó a la Municipalidad Distrital de Chavín de Huántar con 0.2 UIT, monto que deberá pagar a favor del Consorcio Machac, por su conducta procesal relacionada con la no devolución del recibo por honorario profesional de la perito.

En ese sentido, y en atención a lo dispuesto por el Árbitro Único a través de las Resoluciones N° 37, N° 75 y N° 79 corresponde que la Municipalidad Distrital de Chavín de Huántar pague a favor del Consorcio Machac 0.6 UIT; es decir, el 60% de la Unidad Impositiva Tributaria.

DECISIÓN DEL ÁRBITRO ÚNICO:

Estando a las consideraciones expuestas el Árbitro Único, en Derecho y dentro del plazo fijado para tales efectos, **RESUELVE:**

E.

PRIMERO.- DECLÁRESE FUNDADA la Primera Pretensión derivada de la demanda planteada por el Consorcio Machac y contenida en el Acta de la Audiencia de Fijación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios; y en tal sentido, declárese la **NULIDAD** del Informe N° 001-2011-GDUR-MDCHH/COMITÉ de fecha 14 de marzo de 2011, el Informe N° 006-2011-GDUR-MDCHH/COMITÉ de fecha 20 de abril de 2011 y la Resolución Gerencial N° 240-2011-MDCHH/GM de fecha 09 de agosto de 2011.

SEGUNDO.- DECLÁRESE INFUNDADA la Segunda Pretensión derivada de la demanda planteada por el Consorcio Machac y contenida en el Acta de la Audiencia de Fijación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios; y en consecuencia, **DISPÓNGASE QUE NO CORRESPONDE ORDENAR** la conformidad de la entrega de la obra, ni tener por levantadas las observaciones, por las razones expuestas en la parte considerativa del presente Laudo.

TERCERO.- DECLÁRESE FUNDADA EN PARTE la Tercera Pretensión derivada de la demanda planteada por el Consorcio Machac y contenida en el Acta de la Audiencia de Fijación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios; y en consecuencia, **ORDÉNESE** a la Municipalidad Distrital de Chavín de Huántar que pague a favor del Consorcio Machac la suma ascendente a S/. 71,311.21 (Setenta y Un Mil Trescientos Once y 21/100 Nuevos Soles) solo por concepto de la Valorización N° 04 mas los respectivos intereses legales en base a dicho monto, los cuales empezarán a computarse desde la fecha de presentación de la solicitud de arbitraje, esto es, a partir del día 25 de agosto de 2011.

CUARTO.- DECLÁRESE INFUNDADA la Cuarta Pretensión derivada de la demanda planteada por el Consorcio Machac y contenida en el Acta de la Audiencia de Fijación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios; y en tal sentido, **DISPÓNGASE** que no corresponde reconocer ni ordenar el pago por concepto de indemnización de daño emergente y lucro cesante solicitado.

QUINTO.- DECLÁRESE INFUNDADA la Pretensión derivada de la reconvencción planteada por la Municipalidad Distrital de Chavín de Huántar y contenida en el Acta de la Audiencia de Fijación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios; y en tal sentido, **DISPÓNGASE** que no corresponde reconocer ni ordenar el pago de daños y perjuicios solicitados.

Dr. Carlos Alberto Matheus López.

SEXTO.- DISPÓNGASE que tanto el Consorcio Machac así como la Municipalidad Distrital de Chavín de Huántar, asuman en partes iguales, los gastos arbitrales, las costas y costos generados por la tramitación del presente proceso arbitral y, en consecuencia, **ORDÉNESE** a la Municipalidad Distrital de Chavín de Huántar pagar - *en vía de devolución*- al Consorcio Machac, la suma ascendente a S/. 12,800.00 (Doce Mil Ochocientos y 00/100 Nuevos Soles) conforme a las precisiones indicadas en la parte considerativa del presente Laudo Arbitral.

SÉPTIMO.- MÚLTESE a la Municipalidad Distrital de Chavín de Huántar con 0.6 UIT -es decir, el 60% de la Unidad Impositiva Tributaria- monto que deberá pagar a favor del Consorcio Machac, por su conducta procesal relacionada con la no presentación de los certificados de retención en su oportunidad, y la no devolución del recibo por honorario profesional de la perito, Ing. Jenny Violeta Guerrero Aquino.

OCTAVO.- REMÍTASE al Organismo Superior de las Contrataciones del Estado OSCE, copia del presente Laudo Arbitral.

Notifíquese a las partes el presente Laudo, haciéndoles saber que tiene carácter vinculante y ejecutivo y que es eficaz desde el día de su notificación, así que como, contra el mismo, cabe plantear Recurso de Anulación.

Y, para que conste, firma el Laudo el presente Árbitro Único, ante la Secretaria del mismo, en el lugar y fecha señalados al principio.


CARLOS ALBERTO MATHEUS LÓPEZ
Árbitro Único


ELIZABETH KAREN RAMOS LARA
Secretaria Ad Hoc