

Dra. Karina Zambrano Blanco

Lima, 28 de enero de 2014

LAUDO ARBITRAL DE DERECHO

Demandante:

Consultora e Inmobiliaria Volcan - CIVSA

En adelante **CIVSA, o EL SUPERVISOR, LA DEMANDANTE.**

Demandado:

Municipalidad Distrital de Alto Selva Alegre

En adelante la **MUNICIPALIDAD, o LA ENTIDAD, LA DEMANDADA.**

Árbitro Único:

Karina Zambrano Blanco

RESOLUCIÓN N° 20

Lima, 28 de enero de 2015.-

VISTOS:

I. ANTECEDENTES

Con fecha 09 de junio de 2010, se suscribió el Contrato del Servicio de Consultoría para la Supervisión de la Ejecución de la Obra "Construcción del Complejo Recreativo y Deportivo Rolando Jaúregui Lazarte del Distrito de Alto Selva Alegre", entre la Consultora e Inmobiliaria Volcan - CIVSA (CIVSA), y la Municipalidad Distrital de Alto Selva Alegre (La Municipalidad).

La cláusula vigésima del Contrato establece lo siguiente:

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

Facultativamente, cualquiera de las partes podrá someter a conciliación la referida controversia, sin perjuicio de recurrir a arbitraje en caso no

se llegue a un acuerdo entre ambas, según lo señalado en el artículo 214º del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

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

Como consecuencia de las controversias relacionadas con la ejecución del Contrato del Servicio de Consultoría para la Supervisión de la Ejecución de la Obra "Construcción del Complejo Recreativo y Deportivo Rolando Jaúregui Lazarte del Distrito de Alto Selva Alegre", la Consultora e Inmobiliaria Volcan - CIVSA procedió a remitir la correspondiente solicitud de arbitraje, en aplicación del convenio arbitral contenido en la citada Cláusula Vigésimo Sexta del Contrato.

II. DESARROLLO DEL PROCESO

A. Actuación Preliminar del Árbitro Único

1. El 02 de octubre de 2013 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 la Dra. Karina Zambrano Blanco, en su calidad de Árbitro Único, y la Dra. Natalia Berrocal Gonzáles, profesional de la Subdirección de Asuntos Administrativos Arbitrales, en representación de la Dirección de Arbitraje Administrativo del OSCE, con el propósito de instalar al Árbitro Único que se encargaría de resolver la controversia.
2. Con fecha 15 de octubre de 2013, la Consultora e Inmobiliaria Volcan - CIVSA presentó su escrito de demanda. Mediante Resolución N° 01, el Árbitro Único admitió a trámite dicho escrito, corriéndole traslado de éste a la Municipalidad Distrital de Alto Selva Alegre, a fin de que en el plazo de quince (15) días de notificada con dicha resolución, cumpla con contestarlo, y de considerarlo conveniente, formulase reconvención.
3. Con fecha 14 de noviembre de 2013, la Municipalidad Distrital de Alto Selva Alegre solicita una ampliación de plazo por diez (10) días hábiles, para la presentación de la contestación de demanda, por las razones expuestas en el referido escrito; al respecto mediante resolución N° 02 se corre traslado de ello al demandante.

4. Al respecto, CIVSA mediante escrito, absuelve el traslado manifestando su oposición a la ampliación solicitada por la Municipalidad Distrital de Alto Selva Alegre. En relación a ello, mediante resolución N° 04 se otorgó un plazo ampliatorio a fin de que la Municipalidad presente su escrito de contestación de demanda, y de considerarlo conveniente, formule reconvención.
5. Por otro lado mediante resolución N° 05 se facultó el pago a CIVSA el pago de honorarios de su contraparte.
6. Con fecha 15 de enero de 2014, la Municipalidad Distrital de Alto Selva Alegre contestó la demanda, en el plazo concedido, y además formuló reconvención. Así, mediante Resolución N° 06, el Árbitro Único admitió a trámite el escrito de contestación de demanda, y corriendo traslado de la reconvención formulada por la Municipalidad Distrital de Alto Selva Alegre.
7. Mediante resolución N° 07 se efectúa la reliquidación de honorarios por la reconvención interpuesta conforme lo establecido en el Acta de Instalación de Árbitro Único. Asimismo, en dicha resolución se dejó constancia del cumplimiento de pago por parte de la Municipalidad Distrital de Alto Selva Alegre, respecto del pago de los honorarios arbitrales fijados en el Acta de Instalación de Árbitro Único, y en tal sentido se dejó sin efecto el segundo extremo resolutivo de la Resolución N° 05.
8. Luego, mediante Resolución N° 9, el Árbitro Único citó a las partes a la Audiencia de Conciliación, Fijación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios, la que se llevaría a cabo el día viernes 14 de marzo a horas 03:00 p.m., en la sede del arbitraje.
9. Con fecha 14 de marzo de 2014, se suspendió la Audiencia de Conciliación, Determinación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios hasta la fecha en que la demandada cumpla con acreditar el pago de los gastos arbitrales a su cargo derivados de la reconvención.
10. Posteriormente en la resolución N° 10, el Árbitro Único dejó constancia de que la Municipalidad Distrital de Alto Selva Alegre ha cumplido con el pago de los honorarios arbitrales a su cargo derivados de la reconvención; asimismo el Árbitro Único dejó constancia de que del incumplimiento de pago por parte de la

Consultora e Inmobiliaria Volcán S.A.-CIVSA, respecto del pago de los honorarios arbitrales derivados de la reconvención y fijados en Resolución N° 07; en tal sentido se resolvió facultar dicho pago a la Municipalidad Distrital de Alto Selva Alegre.

11. Mediante Resolución N° 11, el Árbitro Único citó a las partes a la Audiencia de Conciliación, Fijación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios, la que se llevaría a cabo el día viernes 20 de junio de 2014 a horas 04:30 p.m., en la sede del arbitraje.
12. Mediante Resolución N° 12, el Árbitro Único reprogramó la Audiencia de Conciliación, Fijación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios, del día viernes 20 de junio de 2014 a horas 04:30 p.m., para el día el día viernes 27 de junio de 2014, a horas 12:00 m., en la sede del arbitraje.
13. Mediante Resolución N° 13, el Árbitro Único resolvió suspender la citación a las partes a la Audiencia de Conciliación, Determinación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios que fue programada para el día viernes 27 de junio de 2014 a horas 04:00 p.m. en la sede del arbitraje; y otorgó a la Municipalidad Distrital de Alto Selva Alegre un plazo adicional final de cinco (5) días hábiles, contados a partir de notificados con dicha Resolución, para que cumpla con el pago de los honorarios arbitrales derivados de la reconvención, facultados mediante resolución N° 10, bajo apercibimiento de archivar las pretensiones contenidas en su reconvención.
14. Mediante Resolución N° 14, el Árbitro Único resolvió otorgar a la Municipalidad Distrital de Alto Selva Alegre un plazo adicional excepcional, final y único de tres (3) días hábiles, contados a partir de notificados con dicha Resolución, para que cumpla con el pago de los honorarios arbitrales derivados de la reconvención, facultados mediante resolución N° 10, bajo apercibimiento de archivar las pretensiones contenidas en su reconvención; y asimismo citó a las partes a Audiencia de Conciliación, Determinación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios, para el día jueves 11 de setiembre de 2014, a horas 9:00 am., en la sede del arbitraje.
15. Así pues, el día jueves 11 de setiembre de 2014, a horas 9:00 am., en la sede del arbitraje, en la fecha y hora establecida, se llevó a cabo la Audiencia de Conciliación, Fijación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios

Dra. Karina Zambrano Blanco

Probatorios con la asistencia de ambas partes, no pudiendo arribarse a una conciliación entre éstas; por lo que, se procedió a fijar los puntos controvertidos respecto de cada una de las pretensiones planteadas, frente a los cuales las partes manifestaron su asentimiento. Estos fueron fijados de la siguiente manera:

De la demanda arbitral presentada por Consultora E Inmobiliaria Volcán S.A. CIVSA

1. Determinar si corresponde o no ordenar a la Municipalidad Distrital de Alto Selva Alegre el reconocimiento y pago de la suma ascendente a S/. 28,228.62 (Veintiocho mil doscientos veintiocho y 62/100 Nuevos Soles), correspondientes al saldo de la Liquidación Final del Contrato de Servicios de Consultoría N° 220-2010-SGAL/MDASA.
2. Determinar si corresponde o no ordenar a la Municipalidad Distrital de Alto Selva Alegre el reconocimiento y pago de la suma ascendente a S/. 38,402.50 (Treinta y ocho mil cuatrocientos dos y 50/100 Nuevos Soles), correspondientes a las mayores prestaciones adicionales efectuadas por el demandante en la ejecución del Contrato N° 220-2010-SGAL/MDASA por constituir enriquecimiento sin causa.
3. Determinar si corresponde o no ordenar a la Municipalidad Distrital de Alto Selva Alegre el reconocimiento y pago de intereses generados por el no pago de los saldos de la liquidación, desde la fecha en que la liquidación quedó aprobada por silencio positivo y hasta la fecha real de pago.
4. Determinar si corresponde o no reconocer y ordenar que la Municipalidad Distrital de Alto Selva Alegre pague a favor de la Consultora E Inmobiliaria Volcán S.A. CIVSA una Indemnización de Daños y Perjuicios ascendente a la suma de S/. 50,000.00 (Cincuenta Mil y 00/100 Nuevos Soles).

Punto Controvertido Común:

5. Determinar a quién le corresponde el pago de las costas y costos derivados del presente arbitraje.

Dra. Karina Zambrano Blanco

16. Por otro lado, en dicha audiencia, la Árbitro Único deja claramente establecido que se reserva el derecho a analizar los puntos controvertidos, no necesariamente en el orden en el que están señalados en la presente acta, y que si al pronunciarse sobre algún punto controvertido determina que carece de objeto pronunciarse sobre otros puntos controvertidos con los que guarde vinculación, podrá omitir pronunciarse respecto de ellos expresando las razones de dicha omisión.
17. Asimismo, en dicha audiencia quedó establecido que las premisas previas a cada una de las preguntas establecidas como puntos controvertidos son meramente referenciales, dirigidas a una lectura más simple y ágil de los puntos controvertidos y que por ello la Árbitro Único podrá omitir, ajustar o interpretar dichas premisas a la luz de las respuestas dadas a otros puntos, sin que el orden empleado o el ajuste, omisión o interpretación genere nulidad de ningún tipo.
18. Del mismo modo, en dicha audiencia ambas partes expresaron su conformidad con los puntos controvertidos determinados en este acto, así como con las reglas establecidas por la Árbitro Único al respecto.
19. Asimismo, en la mencionada Audiencia, se admitieron los documentos ofrecidos por la Consultora e Inmobiliaria Volcan - CIVSA como medios probatorios en su escrito de demanda presentado el 05 de abril de 2013, incluidos en el acápite "V. MEDIOS PROBATORIOS" de su demanda que van del numeral 1) al numeral 5). Del mismo modo, se admitieron los medios probatorios ofrecidos por la Consultora E Inmobiliaria Volcán S.A. CIVSA en su escrito de contestación de reconvención presentado con fecha 04 de julio de 2013, incluidos en el acápite "V. MEDIOS PROBATORIOS DE LA RECONVENCIÓN Y CONTESTACIÓN DEMANDA ARBITRAL" de su contestación a la reconvención, e identificados con los numerales que van del 1) al 5).
20. Igualmente, se admitieron los medios probatorios ofrecidos por la Municipalidad Distrital de Alto Selva Alegre en su escrito de contestación de demanda de fecha 15 de enero de 2014, incluidos en el acápite "V. MEDIOS PROBATORIOS Y ANEXOS QUE SE ADJUNTAN" que van del numeral 1) al numeral 5); y en su escrito de reconvención de fecha 15 de enero de 2014, incluidos en el acápite "VI. MEDIOS PROBATORIOS Y ANEXOS", en tal sentido se admitió:
- I. Los medios probatorios identificados con los numerales que van del 1) al 8).

Dra. Karina Zambrano Blanco

II. Las exhibiciones que se debe solicitar a la Municipalidad Distrital de Alto Selva Alegre a fin de que remita la siguiente documentación:

- Copia de Expediente de Contratación que culmina con el contrato de servicios de consultoría N° 220-2010-SGAL/MDASA.
- Copia íntegra del Informe Especial N° 002-2012-2-4602-OCI/MDASA.
- Copia del Expediente Técnico de la Obra Construcción del Complejo recreativo y deportivo Rolando Jáuregui Lazarte.

21. En relación a las exhibiciones Árbitro Único otorgó a la Municipalidad Distrital de Alto Selva Alegre un plazo de cinco (5) días hábiles contados a partir de notificada con el Acta correspondiente para que cumpla con presentar los documentos señalados en el párrafo precedente.

22. Asimismo, en el Acta de Audiencia de Conciliación, Fijación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios suscrita por las partes el día jueves 11 de setiembre de 2014, la Árbitro Único dejó constancia de la falta de pago de la demandada en relación a los honorarios arbitrales facultados y derivados de la reconvención, en tal sentido, estando a todo el tiempo transcurrido y oportunidades de pago efectuadas (Resolución N° 07, 10, 13 y 14) y de conformidad con el percibimiento decretado, se declaró el archivo de las pretensiones de la reconvención.

23. Mediante escrito de fecha 18 de octubre 2014, la Municipalidad Distrital de Alto Selva Alegre presentó reconsideración contra el archivo de sus pretensiones de la reconvención.

24. Al respecto, mediante resolución N° 15 el Árbitro Único declaró infundada la la reconsideración formulada por la Municipalidad Distrital de Ato Selva Alegre, por lo fundamentos expuestos en dicha resolución.

25. Por otro lado mediante resolución N° 16 el árbitro único dejó constancia del incumplimiento de la Municipalidad Distrital de Alto Selva Alegre respecto de la documentación requerida en el Acta de Audiencia de Determinación de Puntos Controvertidos de fecha 11 de setiembre de 2014, y ofrecida por dicha parte; en tal sentido, se tuvo por no presentados los documentos ofrecidos por la Municipalidad Distrital de Alto Selva Alegre Entidad, siendo ello exclusiva responsabilidad de la Entidad.

26. De otro lado, mediante Resolución N° 17, el Árbitro Único declaró el cierre de la etapa probatoria, y otorgó a las partes un plazo de cinco (05) días hábiles, a partir de notificadas con dicha resolución, a fin de que presenten sus alegatos y conclusiones finales. Asimismo, citó a ambas partes a la Audiencia de Informes Orales, la que se llevaría a cabo el día jueves 30 de octubre de 2014, a horas 3:00 p.m., en la sede del arbitraje.
27. La Consultora e Inmobiliaria Volcán S.A. CIVSA y la Municipalidad Distrital de Alto Selva Alegre, el 22 de octubre de 2014 y 27 de octubre de 2014, respectivamente, cumplieron con presentar sus escritos de alegatos y conclusiones finales.
28. Al respecto, mediante resolución N°18 el Árbitro Único tuvo por presentados los escritos de Alegatos y conclusiones finales presentados por ambas partes, en los términos que se expresan, con conocimiento recíproco; además corrigió el error tipográfico con conocimiento de las partes; y admitió los medios presentados por la Municipalidad Distrital de Alto Selva Alegre.
29. Así pues, en el día y hora señalados, se realizó la Audiencia de Informes Orales, con la asistencia de ambas partes; siendo que en la referida Audiencia, el Árbitro Único declaró el cierre de la etapa probatoria e instrucción del presente arbitraje y fijó el plazo de treinta (30) días hábiles, a fin de emitir el laudo correspondiente.
30. Finalmente, haciendo uso del derecho a prórroga, el Árbitro Único emitió la Resolución N° 19, mediante la cual se prorrogó el plazo para laudar por un plazo de treinta (30) días adicionales, de acuerdo a lo establecido en el Acta de Instalación de Árbitro Único.

III. CONSIDERACIONES DEL ÁRBITRO ÚNICO

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, CIVSA presentó su demanda dentro de los plazos dispuestos.
- (iv) Que, la Municipalidad fue debidamente emplazada con la demanda y presentó su contestación de demanda dentro del plazo adicional otorgado por la Árbitro Único.
- (v) Que, las partes tuvieron plena oportunidad para ofrecer y actuar todos sus medios probatorios, así como la facultad de presentar alegatos o solicitar el uso de la palabra para informar oralmente ante el Árbitro Único.
- (vi) Que, se archivó la Reconvención formulada por la Municipalidad por falta de pago, de acuerdo a las reglas establecidas en el Acta de Instalación.
- (vii) Que, de conformidad con las reglas establecidas en el Acta de Instalación del Árbitro Único, las partes han tenido la oportunidad suficiente de plantear el 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 la renuncia al derecho a objetar conforme lo señala la misma Acta de Instalación.
- (viii) Que, el Árbitro Único ha procedido a laudar dentro de los plazos aceptados por las partes.

2.- MATERIA CONTROVERTIDA

De acuerdo con lo establecido en la Audiencia de Conciliación, Fijación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios de fecha 06 de febrero de 2014, 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 ella, 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 la ofreció. Ello concuerda con la definición de dicho principio que establece que:

*"... la actividad probatoria no pertenece a quien la realiza, sino, por el contrario, se considera propia del proceso, por lo que debe tenerse en cuenta para determinar la existencia o inexistencia del hecho a que se refiere, independientemente de que beneficie o perjudique los intereses de la parte que suministró los medios de prueba o aún de la parte contraria. La prueba pertenece al proceso y no a la parte que lo propuso o lo proporcionó"*¹

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.

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 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:

¹ **TARAMONA HERNÁNDEZ**, José Rubén. "Medios Probatorios en el Proceso Civil". Ed.: Rodhas, 1994, p. 35.

2.1 POSICIONES DE LAS PARTES

A. POSICIÓN DE CONSULTOR E INMOBILIARIA VOLCAN – CIVSA

Respecto de la Primera Pretensión:

En cuanto a la primera pretensión relacionada a que la Municipalidad Distrital de Alto Selva Alegre reconozca y pague la suma ascendente a S/. 28,228.62 (Veintiocho mil doscientos veintiocho y 62/100 Nuevos Soles), correspondientes al saldo de la Liquidación Final del Contrato de Servicios de Consultoría N° 220-2010-SGAL/MDASA, CIVSA señala que con fecha 09 de junio de 2010 se suscribió entre las partes el contrato para la supervisión de la elaboración del expediente técnico por un monto de S7.158,610.00 por 240 días calendario como plazo.

Así pues, señala CIVSA que el 30 de mayo de 2011 se llevó a cabo el acto de recepción de la obra materia del contrato de supervisión, y finalmente el 14 de octubre 2011 cumplió con presentar el pronunciamiento respecto de la liquidación final del contrato de obra.

Posteriormente, la demandante señala que presentó el 3 de noviembre de 2011 la liquidación de contrato de supervisión el cual arrojó un monto a favor de S/.28,228.62 nuevos soles.

Ahora bien, el Supervisor señala que puede sostenerse que el acto jurídico correspondiente al contratista al formular la liquidación de su contrato de consultoría no puede supeditarse a la exclusiva voluntad del deudor (la municipalidad), en tal sentido ello implicaría la convalidación de una regla de ejecución contractual de naturaleza asimétrica, y por tanto lesiva a los principios de igualdad ante la ley y buena fe en la ejecución de contratos. Así señala el Supervisor que si se aceptara la tesis de que aparentemente fluiría de la primera parte del art. 179 del reglamento se estaría convalidando que un contrato resultante de la aplicación del marco normativo que regula la contratación pública pueda mantenerse abierto y sin liquidación por un tiempo indeterminado, sin la posibilidad de que la contraparte pueda ver satisfecha su expectativa de cobro, en la hipótesis de que el saldo que se establezca en el ajuste final de cuentas del contrato le resulte positivo.

Por otro lado el Supervisor señala que su pretensión esta sustentada en el hecho de que no habiendo sido observada válidamente su liquidación presentada el 03 de noviembre de 2011 ha operado el silencio administrativo positivo.

Por otro lado, CIVSA señala que respecto de la validez de las observaciones formuladas por la Municipalidad se debe manifestar que el OSCE a través de opiniones ha definido la liquidación de un contrato como un proceso de cálculo técnico, que tiene por finalidad determinar principalmente el costo del servicio y el saldo económico. Así el Supervisor indica que del oficio N° 234-2011-SGDUINF/MDSA del 18 de noviembre de 2011, se colige que la sub gerencia de desarrollo urbano e infraestructura no formuló ninguna observación a los cálculos presentados, limitándose a exigir el cumplimiento de obligaciones contractuales que en esta etapa de ejecución contractual, a decir de dicha parte, resultaba improcedente.

En otro orden de ideas el Supervisor señala que de los medio probatorios ofrecidos, las observaciones a nuestra liquidación fueron formuladas por el subgerente de desarrollo urbano e infraestructura, funcionario que a decir de dicha parte es de segundo nivel de acuerdo al organigrama de la municipalidad. Así de lo prescrito en el artículo 42 de la ley de contrataciones del estado es indudable que la liquidación de un contrato tiene alta relevancia, pues su aprobación expresa o ficta por parte de la Entidad acarrea consecuencias sumamente delicadas empezando por el hecho de que es de esa manera como se concluye o se cierra el ciclo de cada contratación en particular. En esa medida, salvo que se haya otorgado prerrogativas extraordinarias a un funcionario la observación de la liquidación del contrato es una prerrogativa del titular del pliego o de funcionario del mismo nivel que suscribió el contrato.

Respecto a la segunda:

A través del Contrato N° 220-2010-SGAL/MDASA, la Demandante contrató con la Municipalidad Distrital de Alto Selva Alegre, la Supervisión de la elaboración del Expediente Técnico y Ejecución de las Obras del Proyecto: Construcción del Complejo Recreativo y Deportivo Rolando Jáuregui Lazarte por el monto ascendente a la suma de S/. 158,610.00 y un plazo de 240 días calendario.

Acorde a lo establecido por la cláusula quinta del contrato, el plazo contractual estaba comprendido entre el 09 de junio del 2010 al 08 de febrero del 2011. Sin

Dra. Karina Zambrano Blanco

embargo, el Contratista señala que prestó sus servicios directamente en la Supervisión de la obra hasta el 30 de mayo de 2011, fecha de la recepción final de la misma y administrativamente, hasta el 14 de octubre de 2011, fecha en que, según lo señalado por la Demandante, cumplió con su última obligación derivada del contrato *sublitis*, al emitir pronunciamiento respecto de la Liquidación Final del Contrato de Obra.

Así, conforme lo señala la Demandante, habría ejecutado mayores prestaciones que las establecidas en el contrato, las mismas que al no estar incluidas en la liquidación, cuyo consentimiento es materia de la primera pretensión, deberían ser reconocidas en la vía arbitral pues lo contrario significaría un enriquecimiento sin causa por parte de la Municipalidad, figura jurídica prohibida por el Código Civil vigente.

Asimismo, CIVSA manifiesta que según la normatividad vigente, el monto de las prestaciones adicionales al 25% del monto del Contrato (en el presente caso S/. 115,207.50 para la etapa de Supervisión de Obra), el monto que le correspondería por las mayores prestaciones efectuadas según lo señala dicha parte, ascendería a S/. 38,402.50 (Treinta y Ocho Mil Cuatrocientos Dos con 50/100 nuevos soles).

De igual modo, la Demandante continúa exponiendo su posición respecto a este punto al decir que el enriquecimiento sin causa "la acción se dirige fundamentalmente a proteger a la persona cuyo patrimonio ha sido injustificadamente lesionado, más que a sancionar enriquecimientos inmorales o ilegítimos". Esto, toda vez que el efecto del enriquecimiento sin causa es restituir el equilibrio patrimonial alterado, es decir, es "causa eficiente de la obligación de indemnizar", por la cual se puede exigir la restitución de lo ilegítimamente pagado o del ahorro del cual se benefició indebidamente el enriquecido.

Por su parte, el artículo 1954 del Código Civil Peruano define al enriquecimiento sin causa como aquella situación en la que hay un sujeto que se enriquece indebidamente a expensas de otro, quedando este último obligado a indemnizarlo.

Continúa la Demandante, señalando que Llambías enumera los requisitos para que proceda la acción de indemnización por enriquecimiento sin causa, siendo tales requisitos, los siguientes:

- (i) El enriquecimiento del Demandado.

- (ii) El empobrecimiento del demandante.
- (iii) La relación causal entre esos hechos.
- (iv) La ausencia de causa justificante del enriquecimiento.
- (v) La carencia de otra acción útil para remediar el perjuicio.

En relación al primer requisito, la Dra. Delia Revoredo afirma que el enriquecimiento sin causa debe entenderse en sentido amplio, es decir, como ventaja patrimonial obtenida, ya sea activamente, como la adquisición de un derecho o la obtención de la posesión, ya sea pasivamente, como el ahorro de un gasto inminente.

En relación al segundo de los elementos, Llambías señala que el empobrecimiento, como segundo requisito de la acción por enriquecimiento sin causa, consiste en el menoscabo de orden patrimonial que el empobrecido padece, sea por un daño emergente o por un lucro cesante. Así también lo entiende delia Revoredo, cuando señala que el empobrecimiento debe entenderse también en sentido amplio, esto es que la ventaja no tiene que provenir necesariamente del patrimonio de empobrecido, sino que bastará con que sea a expensas suyas.

Con relación al tercer elemento y siguiendo la doctrina francesa, la que manifiesta que es necesario que un patrimonio se haya empobrecido y que otro se haya enriquecido como resultado del mismo acontecimiento y que entre la ventaja y la desventaja debe existir un nexo causal, o relación de causalidad, y ésta debe ser de naturaleza semejante a la que debe existir entre el daño y su imputabilidad material o culpa.

De igual modo, señala la Demandante que según Messineo, existe falta del nexo de causalidad si el demandante en el juicio no es el empobrecido, aunque el demandado sea el que se enriqueció, así como en el caso contrario, si el demandante se empobreció, pero la demanda se dirige contra quien no se haya enriquecido. Así, este nexo causal entre el enriquecimiento y empobrecimiento, se dice, que es similar al que une la negligencia y el daño en los casos de la culpa aquiliana; por lo tanto este nexo causal es de sentido recíproco, es decir, "que cada uno de los elementos, el enriquecimiento y el empobrecimiento, son a su vez causa y efecto del otro."

Con respecto al último de los cinco elementos señalados, la doctrina mayoritaria sostiene que este carácter subsidiario hace referencia a que la acción de *in rem*

Dra. Karina Zambrano Blanco

verso solo puede ser ejercida cuando el Derecho positivo no brinde al empobrecido otra acción específica con la cual pueda pedir el resarcimiento de los daños sufridos. Así, el carácter subsidiario de la acción de enriquecimiento sin causa constituye uno de sus requisitos de procedencia; ello, de conformidad con el artículo 1955° del Código Civil, que establece lo siguiente: "La acción a que se refiere el artículo 1954 no es procedente cuando la persona que ha sufrido el perjuicio puede ejercitar otra acción para obtener la respectiva indemnización". Como se puede apreciar, la subsidiariedad responde a la inexistencia de otra vía de derecho que permita hacer efectiva la reparación por el perjuicio sufrido. Según Delia Revoredo, esta acción solo procede cuando no es posible accionar por otro motivo, ya que existen casos en los que el enriquecimiento carece de causa y respecto a los cuales cabe ejercer una acción distinta a la del enriquecimiento sin causa. El empobrecimiento, en estos casos, cuando dispone de otra acción, no tiene opción para eleir entre las dos precedentes.

En el presente caso, como lo sostiene CIVSA en su escrito de demanda, los medios probatorios que se anexan no dejarían ninguna duda respecto al enriquecimiento del demandado, pues el propio acto administrativo de recepción final de obra con presencia de los miembros del comité de recepción designado por la Municipalidad da fe que hasta dicha fecha, el demandante prestó los servicios de supervisión.

Asimismo, respecto a la relación causal entre esos hechos, CIVSA ofrece como medio probatorio de dicho nexo el documento contrato por el cual dicha parte se obliga a la supervisión del expediente técnico y de la ejecución de las obras mientras la entidad se obligaba como contraprestación al pago respectivo.

Luego, en relación a la ausencia de causa justificante del enriquecimiento, la Demandante señala que no existe causa justificante alguna, así como tampoco existe otra acción útil para remediar el perjuicio económico ocasionado, pues al ser su segunda pretensión se declare resuelto el contrato por resultar su objeto ilícito e imposible, la única acción que podría ejercer CIVSA para resarcir del perjuicio económico que le habría ocasionado su contraria es la del enriquecimiento sin causa.

Respecto a la tercera pretensión:

Señala CIVSA en su escrito de demanda, que como consecuencia de la inacción de la Municipalidad al no emitir pronunciamiento alguno respecto de la conformidad del

servicio, la Liquidación Final del Contrato y otros; conforme a lo establecido por el Artículo 53° de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, y los Artículos 202°, 227°, 232°, 257°, 259°, 265°, 267°, 268°, 269°, y 273° de su reglamento, razones por las cuales dicha parte se vio obligada a activar el mecanismo de solución de controversias establecido por la Cláusula Vigésima del Contrato.

Así, CIVSA se remite al artículo 1969° del Código Civil, el mismo que señala: "Aquel que por dolo o culpa causa un daño a otro está obligado a indemnizarlo. El descargo por falta de dolo o culpa corresponde a su autor."

Las indemnizaciones por daños y perjuicios en función de su procedencia, se clasifican en dos clases, contractuales son las que debe pagar un deudor en caso de incumplir una obligación contractual, con el fin de resarcir al acreedor por su incumplimiento. Extracontractuales son aquellas que no proceden de un contrato. Su causa se debe a una acción dolosa o culpable que provoca un daño a otras personas.

Expone CIVSA, que el daño se define como el menoscabo, afectación que a consecuencia de un acaecimiento o evento determinado, sufre una persona ya en sus bienes vitales naturales, ya en su propiedad, ya en su patrimonio. En sentido amplio, se entiende por daño la lesión a todo derecho subjetivo, en el sentido de interés jurídicamente protegido del individuo en su vida de relación, que en cuanto a protegido por el ordenamiento jurídico, se convierte justamente en derecho subjetivo, esto es un derecho en el sentido formal y técnico de la expresión. Jurídicamente el término daño es ato para designar todo menoscabo patrimonial e incluso extra patrimonial. En consecuencia, para efectos de la tutela resarcitoria es importante el daño indemnizable, pues no todo daño es indemnizable. Por lo que el daño puede clasificarse en:

- Daño Patrimonial, concebida como la lesión de derechos de naturaleza económica que debe ser reparada, y que a su vez se sub clasifica en: a) Daño Emergente; que consiste en la pérdida que sobreviene en el patrimonio del sujeto afectado por el incumplimiento de un contrato o por haber sido perjudicado por un acto ilícito, como sostiene un sector autorizado de la doctrina italiana, "la disminución de la esfera patrimonial" del daño. b) Lucro cesante; se manifiesta por el no incremento en el patrimonio de daño (sea por el incumplimiento de un contrato o por un acto ilícito) es la ganancia patrimonial neta dejada de percibir por el daño.

- Daño Extra Patrimonial, es la que lesiona a la persona en sí mismo, estimada como un valor espiritual, psicológico, inmaterial, es decir se proyecta sobre el hombre. A su vez se sub clasifica en: a) Daño Moral, se entiende la lesión a los sentimientos de la víctima. b) Daño a la Persona, es la lesión a la integridad física del sujeto. El daño contribuye a la atribución para poder determinar la indemnización. El daño moral también se suele definir como todo aquel daño que no tiene naturaleza puramente patrimonial y podrían concebirse como todos aquellos que afectan a los bienes o derechos inmateriales de las personas. El daño moral, que tiene su anclaje en el artículo 1902° del Código Civil, requiere que sea cierto, real y existente, sin perjuicio que la resolución judicial pudiera cuantificar determinados daños morales futuros. La jurisprudencia tiende a admitir que todos los daños patrimoniales o morales, siempre que sean reales y se hayan probado, dan lugar a la correspondiente reparación.

La culpa es una institución jurídica, cuya trascendencia en la teoría obligación se aprecia con nitidez, en la fase final de las obligaciones, es decir, su extinción; pero no como elemento para culminar su etapa de vigencia, sino contrariamente, para evitar su cumplimiento. La culpa, así se constituye en un impedimento, un muro de contención para detener la consecución del objetivo a que estaba dirigida la obligación desde su concertación. Entonces podemos concertar que gran parte de los conflictos terminales entre acreedores y deudores tiene origen, entre causas, a la culpa fundamentalmente. La culpa es estudiada por la doctrina dentro de circunstancias muy diversas, las cuales dan lugar a matices de toda índole. Para un sector de la doctrina italiana, la culpa no debe ser entendida como un juicio de reproche subjetivo del comportamiento, sino como la relación entre el comportamiento dañino y aquel requerido por el ordenamiento, en las mismas circunstancias concretas, con el fin de evitar la lesión de intereses ajenos. Desde otra perspectiva, se entiende por culpa "la creación de un riesgo injustificado y para evaluar si ese riesgo sea justificado o no, se necesitará confrontarlo con la utilidad social de la actividad a la cual éste se refiere, teniendo en cuenta el costo de la remoción de este: cuando más grandes son la utilidad social y el costo de remoción, tanto más grande es el riesgo justificado." La culpa exige en el obligado una falta de diligencia, de aquella diligencia a la cual se comprometió a cumplir y no la realizó. Esta falta de diligencia constituye modernamente una violación o contravención al derecho. Así, la doctrina distingue:

- Culpa Objetiva; es la culpa por violación de las leyes. Vale decir, el ordenamiento determina el parámetro del comportamiento y si el agente no lo cumple, éste es responsable. La culpa objetiva no debe ser confundida con la responsabilidad objetiva, esta última es ajena al concepto de culpa. La culpa objetiva se basa en parámetros determinados por la ley.
- Culpa Subjetiva; es aquella que se basa en las características personales del agente.

En la responsabilidad por incumplimiento de las obligaciones, se suele diferenciar diversos grados de culpa, a saber:

- Culpa grave; es el no uso de la diligencia que es propia de la absoluta mayoría de los hombres, es decir, quien ha tenido una conducta tal no ha hecho lo que todos los hombres hacen comúnmente. El artículo 1319° del Código Civil, define como culpa inexcusable (que coincide con el concepto de culpa grave) a la negligencia grave.
- Culpa leve; es el no uso de la diligencia propia de las personas de capacidad media. El artículo 1320° la define como la omisión de "aquella diligencia ordinaria exigida por la naturaleza de la obligación y que corresponda a la circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar.
- Culpa levísima; es cuando no se usa la diligencia propia de las personas excepcionalmente prudentes y cautas. Este supuesto no está regulado en el Código Civil, sin embargo, este grado de la culpa ha sido fuertemente criticado por su dudosa validez.

Asimismo, señala CIVSA que a mérito de los fundamentos de orden fáctico que han sido expuestos para sustentar sus pretensiones, no puede existir duda alguna respecto de la actitud negligente de la contratante que ha conllevado a que el Contrato materia de la Litis, continúe vigente pese a que el contrato de ejecución de obra, directamente vinculado al contrato de supervisión; haya concluido.

En tal sentido, conforme lo expone la Demandante, de acuerdo a las bases estandarizadas publicadas por el OSCE, uno de los factores de calificación de los Procesos de Selección de Servicios de Consultoría corresponde a la acreditación de la experiencia en la especialidad. En ese orden de ideas la no entrega oportuna de

la conformidad del servicio ni de la aprobación de la Liquidación del Contrato N° 220-2010-SGAL/MDASA, ha impedido que dicha parte pueda participar en procesos de selección de consultoría de obras de mayor envergadura, hecho que evidentemente, según lo afirma en su demanda, les ha causado un daño emergente.

Respecto a la cuarta pretensión:

CIVSA señala en su escrito de Demanda que, mediante Carta N° 236-CIVSA-2011 del 14 de octubre de 2011, cumplió con su última obligación devenida del contrato sublitis, al emitir pronunciamiento respecto de la liquidación final del contrato del Obra.

Posteriormente, la demandante señala que con Carta N° 247-CIVSA-2011 del 03 de noviembre de 2011, alcanzó a la Municipalidad la liquidación del contrato de supervisión, la misma que determinada un saldo a su favor, ascendente a la suma de S/. 28,228.62 (Veintiocho Mil Doscientos Veintiocho con 62/100 Nuevos Soles)

Así, observada la liquidación mediante Oficio N° 234-2011-SGDUINF/MDASA del 18 de noviembre de 2011, con Carta N° 262-CIVSA del 21 de noviembre de 2011, se vuelve a presentar la liquidación del contrato absolviendo las observaciones formuladas.

Con Carta N° 073-CIVSA-2012 del 07 de mayo de 2012, según lo manifestado por CIVSA, requirió a la Municipalidad a emitir el resolutivo de aprobación de la liquidación final del contrato de supervisión presentada al haber operado el silencio administrativo positivo y a efectos de iniciar el correspondiente trámite del pago.

Luego, a fin de sustentar jurídicamente su posición respecto a esta pretensión, CIVSA manifiesta que el Artículo 181° del Reglamento establece que: "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 estos recibidos. En caso de retraso en el pago, el contratista tendrá derecho al pago de intereses conforme a lo establecido en el artículo 48° de la Ley, contado desde la oportunidad en que el pago debió efectuarse"

Dra. Karina Zambrano Blanco

Asimismo, el artículo 1324° del Código Civil vigente, establece que: "Las obligaciones de dar sumas de dinero devengan el interés legal que fija el Banco Central de reserva del Perú, desde el día en que el deudor incurra en mora, sin necesidad de que el acreedor pruebe haber sufrido mayores, ellos continuarán devengándose después del día de la mora, con la calidad de intereses moratorios."

De ese modo, concluye CIVSA que por lo expuesto, le corresponde se le ampare la pretensión en este punto.

Respecto a la quinta pretensión:

Al respecto CIVSA concluye que la presente controversia ha sido generada por la negativa de la municipalidad a efectivizar el pago de saldos de la liquidación de contrato de supervisión aprobada al haber operado el silencio administrativo positivo, razón por la cual se debe declarar que los costos arbitrales sean asumidos íntegramente por la entidad.

B. POSICIÓN DE LA MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE ALTO SELVA ALEGRE

Respecto a la primera pretensión:

La Municipalidad señala en su escrito de Contestación de Demanda que las solicitudes de liquidación de la demandante fueron absueltas por su parte, mediante el Oficio N° 584-2012-SGDUINF/MDASA de fecha 16 de octubre del 2012, remitido por la Subgerencia de Desarrollo Urbano e Infraestructura de la entidad al representante legal de CIVSA. Ello en base a los Informes N° 846-2012-INF-SGDUINF/MDASA elaborado por la citada subgerencia y a la Carta N° 142-CIVSA-2012 de fecha 18 de septiembre del 2012. El referido informe señala que previo a la aprobación de la liquidación del Contrato de Supervisión la Empresa CIVSA debió cumplir con remitir un informe final de supervisión (04 juegos) en concordancia con lo señalado en las Bases del Proceso de Selección, así como la absolución de las observaciones referidas al cumplimiento de su propuesta técnica y además a que era necesario se emita un informe de acuerdo a la especialidad de los supervisores adjuntos 1 y 2.

Así también, según lo señalado por la Municipalidad, durante la ejecución de la obra mediante el Informe N° 157-2011-SGDUINF/MDASA se informó sobre las

Dra. Karina Zambrano Blanco

deficiencias existentes en los metrados, los cuales no se pudieron resolver debido a que se trata de una obra convocada bajo el sistema de contratación a suma alzada; hecho que se habría incumplido pues el objeto de la convocatoria con la demandante, fue precisamente para la verificación de los metrados y que éstos se realicen de acuerdo al detalle de los planos; hecho que también incumplió.

Así, a decir de la Municipalidad, la Supervisión (tarea de la demandante y objeto del contrato) omitió efectuar la verificación de metrados de la partida 10.01.03.10, procediendo a aprobar las valorizaciones 1 y 2 con metrados no ejecutados; ello en evidente perjuicio de la entidad.

En relación a la aprobación de la Liquidación del Contrato de Supervisión, conforme lo señala la Entidad, se estableció que las comunicaciones habían superado los plazos establecidos en el Reglamento; aclarándose que durante aquel tiempo, la Entidad no había recibido solicitud de la empresa consultora de acogimiento a Liquidación consentida. Esto, pues de acuerdo a lo señalado en el Art. 179º del Reglamento: *"...El Supervisor presentará a la entidad la liquidación del contrato de consultoría de obra dentro de los 15 días siguientes de haberse otorgado la conformidad de la última prestación, la entidad deberá pronunciarse respecto de dicha liquidación y notificar su pronunciamiento dentro de los 15 días siguientes de recibida, de no hacerlo se tendrá por aprobada la liquidación presentada por el Supervisor"*.

En este contexto, según lo señalado por la Entidad en su contestación de Demanda, observó válidamente la liquidación que fuera remitida mediante Carta N° 247-2011-CIVSA-2011 de fecha 03-11-2011. Luego, mediante Oficio N° 234-2011-SGDUINF/MDASA de fecha 18 de noviembre del 2011, se le hace de conocimiento las observaciones, a la liquidación de obra presentada, las mismas que están referidas al informe de Liquidación Final, mediante las cuales se advierte que no se considera la etapa de supervisión de la formulación del estudio y estudio técnico, así como se encuentra carente del informe de los profesionales y técnicos por especialidad, responsables de cada una de las etapas.

Así también, mediante Carta N° 262-2011-CIVSA-2011, de fecha 21-11-2011, la Supervisora presentó el cuaderno de proyecto (expediente técnico). Dicho documento volvió a ser observado mediante Informe N° 190-2011-MAM/DINF/SGDUINF/MDASA considerando que no se ha subsanado lo solicitado; hecho que fue comunicado mediante Oficio N° 243-2011-SGDUINF/MDASA de

fecha 30.11.2011, (anexo 08 de la demanda). Mediante Carta N° 277-2011-CIVSA, la Supervisor alcanza copia del Cuaderno del proyecto en 15 folios, así como manifiesta su disconformidad a la falta de aprobación de su liquidación, señalando que se trata de abuso de autoridad.

Luego, la Municipalidad afirma que mediante Carta N° 18-CIVSA-2012 de fecha 09.02.2012, la empresa supervisora se pronuncia sobre las observaciones, señalando:

- Respecto al personal propuesto: Indica que *"...en el informe de liquidación y en los informes mensuales se señalan las tareas específicas y las fechas en las cuales el personal de supervisión efectuó su trabajo"*.
- Respecto a la presencia de los supervisores adjuntos, señala que *"...la presencia del supervisor adjunto 01 fue esporádica."*
- Respecto a la Solicitud de un plano perimétrico, señala *"...se Alcanza Plano Topográfico"*
- Respecto a las observaciones sobre deficiencia de algunos metrados del Expediente Técnico; señala que *"...el presente contrato es un Concurso Oferta a Suma Alzada. Por definición en esta clase de obras las metas están fijadas en el PIP 70545 y por las especificaciones técnicas"*, señalando además *"...que el Municipio modificó el PIP, por lo que al "aprobarse una nueva meta física conforme al proyecto, y por tratarse de una obra a suma alzada los metrados son referenciales"*.
- Respecto al error en el metrado 10.01.03.10, señala que *"...la Observación, debió realizarse antes de modificar el PIP"*; olvidando que para el caso de las obras de Concurso Oferta sólo es factible de observar y corregir en la etapa de aprobación, los planos del proyecto y que las metas sean las del PIP del concurso, así como las especificaciones técnicas. Esta labor fue realizada por el consultor y las metas fueron aprobadas por el Municipio.

De ese modo, la Entidad señala que las observaciones que realizaron constan principalmente en que:

Debía presentar el Informe Final de supervisión, (04 copias) en concordancia con lo señalado en las Bases del Proceso de Selección. Dicho Informe, debía estar referido a las labores efectuadas durante el desarrollo del servicio; tomando en cuenta los términos del Contrato N° 220-2010-SGAL/MDASA;

así como su Propuesta Técnica que forma parte del expediente de contratación.

- Así también, la Entidad manifiesta que realiza la absolución de las siguientes observaciones:

1. Según lo señalado en el ítem 9.2 "Factores referidos al personal propuesto"; en razón de que este considera un equipo de profesionales, era necesario que cada uno según se detalla a continuación emita el informe correspondiente sobre las labores realizadas según su especialidad:

- Gerente de Proyectos: Arq. Rogelio Lucio Velásquez Salcedo.
- Jefe de supervisión: Ing. José Luis Rivera Chicata.
- Supervisor adjunto1: Ing. Julio Cesar Bustamante Gonzales.
- Supervisor adjunto 2: Luis Armengol Carbajal Tribillero.
- Ing. Mecánico electricista: Julio Segundo Jara Valencia.
- Ing. Laboratorista: Calixto Yanqui Murillo.
- Ing. Especialista en Medio Ambiente: Ing. Víctor Miguel Postigo.

2. Durante la ejecución de la Obra no se observó la presencia y/o participación de los supervisores adjuntos 1 y 2.

3. Respecto al ítem 9.4; Factores referidos al objeto de la convocatoria, según lo señalado en el subtítulo Conocimiento del Proyecto e Identificación de facilidades dificultades y propuestas de solución, en lo referido a la etapa de elaboración del Expediente Técnico; ítem II *"En la elaboración del mismo se verificara que el Supervisor efectuó levantamiento topográfico a detalle que permite tener curvas de nivel a cada 0.10 m; esto con el fin de desarrollar adecuadamente las circulaciones de acuerdo a los requisitos de accesibilidad para personas con discapacidad"*. Se observó que si bien el expediente técnico cuenta con un plano topográfico, este cuenta con curvas de nivel cada 0.50 m. así como el expediente no cuenta con un plano perimétrico donde se

detalle los linderos, perímetro y Área del Terreno. Mediante Informe N° 157-2011-INF-SGDUINF/MDASA, se solicitó a la supervisión informe sobre el área real del terreno, lo cual generó el Oficio N° 062-2011-SGDUINF, mediante el cual se alcanza el informe señalado; no habiéndose recibido respuesta de parte de la supervisión.

4. Respecto al ítem 9.4; Factores referidos al objeto de la convocatoria, según lo señalado en el subtítulo conocimiento del proyecto e identificación de facilidades, dificultades y propuestas de solución, en lo referido a la etapa de elaboración del Expediente Técnico; ítem V *"En la elaboración de metrados se verificará que estos se realicen de acuerdo a los detalles mostrados en los planos e indicando al contratista que desarrolle los necesarios, que permitan tener consistencia; en su realización"*. Durante la ejecución de la obra mediante Informe N° 157-2011-INF-SGDUYINF, se ha informado sobre deficiencias en los metrados. Para este caso, el artículo 40 de la Ley de Contrataciones, establece que para el sistema de contratación a suma alzada, *"El postor formula su propuesta por un monto fijo integral, considerando los trabajos necesarios para el cumplimiento de la prestación según planos, especificaciones técnicas, memoria descriptiva, y presupuesto de obra que forma parte del expediente técnico, en ese orden de prelación, considerándose que el desagregado por partidas que da origen a su propuesta y que debe presentar para la suscripción del contrato es referencial."* Condición que en la etapa de ejecución no permite valorizar sólo los metrados realmente ejecutados.
5. Respecto al ítem 9.4; Factores referidos al objeto de la Convocatoria, según lo señalado del subtítulo D.2. Descripción de la metodología y plan del servicio, en lo referente a las actividades en general se señala *"Ítem H; Paralelamente a la ejecución de las obras, el supervisor irá efectuando la verificación de metrados de obras con el fin de contar con los metrados realmente ejecutados correspondientes a cada una de las partidas conformantes del presupuesto de obra...."* Al respecto, la supervisión omitió efectuar la verificación del metrado en obra de la partida

10.01.03.10 Concreto $FC = 20.59 \text{ MPa}$ (2010 KG/cm^2) Vigas del módulo de SS.HH. procediendo a aprobar las valorizaciones N° 1 y N° 2 con metrados no ejecutados y que contenían error en el presupuesto de la obra. Sobre las observaciones señaladas, la Empresa CIVSA presentó la Carta N° 018-CIVSA-2012, dichas observaciones, no fueron consideradas absueltas, debido a las consideraciones señaladas en el Informe N° 140-2012-INF-SGDUINF/MDASA y comunicadas a la Subgerencia de Desarrollo Urbano, remitiéndolas a la Empresa CIVSA.

Posteriormente, conforme se desprende el escrito de Contestación de demanda, la Municipalidad señala que en el Informe N° 140--2012-INF-SGDUINF/MDASA, se tuvo por no absuelta a la Observación N° 01, debido a que no se alcanzarían los informes de las labores realizadas por el personal que detalla su Propuesta Técnica, durante la elaboración del expediente técnico y ejecución de obra.

A decir de la Entidad, las Memorias alcanzadas en el Informe de liquidación correspondían a la ejecución de Obra y se refieren a Arquitectura, Estructuras construidas, Instalaciones Sanitarias y de Pruebas Eléctricas; los cuales se encuentran visados por el representante legal de CIVSA, siendo necesario que sean suscritos por los profesionales especialistas. No señaló, según afirma, "las tareas específicas y fechas en las cuales cada uno de los integrantes del equipo de supervisión efectuó su trabajo.

Luego, señala la Entidad en su Contestación respecto a la Etapa de Supervisión de elaboración del expediente Técnico, sólo se adjuntó copia del cuaderno de obra, en el cual no hace referencia a la participación específica del equipo de supervisión; por lo tanto se le requirió que esta sea detallada en el informe final; hecho que hasta la fecha, dicha parte lo tiene por no cumplido.

Respecto a la Observación N° 2, señala la Entidad que la falta del personal técnico (supervisor adjunto 1), comprometido para su participación, durante la ejecución del servicio, significa falta de cumplimiento de lo ofertado, por lo tanto correspondía efectuar un deductivo del monto del servicio a favor de la entidad; hecho que tampoco se ha cumplido.

Asimismo, continúa la Entidad señalando que respecto a la Observación N° 3, se reitera lo requerido, es decir la prestación de un "Plano Perimétrico", donde se detalle perímetro, (coordenadas UTM), linderos, y área del terreno. Sólo se adjunta

un plano topográfico, un plano de demoliciones y el plano de localización y ubicación.

Respecto a la Observación N° 4 y Observación N° 5, la Entidad señala que de acuerdo a lo manifestado por la Empresa CIVSA, mediante Carta de Absolución de Observaciones, por tratarse de un Concurso Oferta las metas están fijadas en el PIP y las Especificaciones Técnicas del mismo. Asimismo señala que durante el desarrollo técnico del proyecto, fueron modificadas y aprobadas su modificación por la Municipalidad, "al aprobarse una nueva meta Física, conforme al proyecto desarrollado y por tratarse de una obra a suma alzada los metrados son referenciales, ya que lo que prevalece son las nuevas metas y las especificaciones técnicas"... "para el caso de Concurso oferta sólo es factible de observar y corregir en la etapa de aprobación, los planos del proyecto que las metas sean las del PIP, así como las especificaciones técnicas." Al respecto, según lo afirma la Entidad, dicha parte encargó a la empresa Contratista Consorcio Selva Alegre, la Elaboración del Expediente Técnico y la Ejecución de Obra; estableciendo claramente costos y plazos para cada etapa; asimismo, según lo señalado en la Cláusula Primera del Contrato N° 220-2010 se efectúa la "Contratación del servicio de Consultoría para la Supervisión de la Elaboración del Expediente Técnico y la Supervisión de la Ejecución de Obra. Por lo tanto se entiende que la Empresa Contratista elaboró un Expediente técnico, el mismo que fue revisado y aprobado por la supervisión (Clausula Cuarta del Contrato).

A decir de la Municipalidad, según lo señalado en el Art. 40° de la Ley de Contrataciones del Estado, el sistema de contratación a suma alzada "es aplicable cuando las cantidades, magnitudes, y calidades de la prestación estén totalmente definidas"; estas condiciones pueden quedar definidas exactamente luego de la elaboración del expediente técnico. De acuerdo a la norma G-40 Definiciones del Reglamento Nacional de Edificaciones del Expediente Técnico "Es el conjunto de documentos que determinan en forma explícita las características, requisitos y especificaciones necesarias para la ejecución de la edificación; está constituido por planos por especialidades, especificaciones técnicas, metrados y presupuestos, es decir, que este debería respaldar la aplicación del Sistema a Suma Alzada coherente con las metas establecidas en el PIP, resultando que desde el punto de vista los metrados no son referenciales sino determinantes para las metas y costos de la obra.

En este contexto, conforme lo sostiene la Municipalidad, se tiene que si bien es cierto la Empresa Consorcio Selva Alegre, debió efectuar la elaboración correcta del expediente técnico; por su parte la supervisión debió de revisar todos los documentos conformantes del mismo y velar por la correcta ejecución de la obra, pues por su condición debía cautelar los intereses de la entidad, obligación que incumplió.

Respecto a la segunda pretensión:

La Municipalidad sostiene que el fundamento de la demandante para solicitar el reconocimiento de mayores prestaciones adicionales que las establecidas en el contrato radica, en que el contrato se extendió fuera de la fecha comprendida (cláusula QUINTA); siendo que el plazo contractual se estableció desde el 09 de junio del 2010 hasta el 08 de febrero del 2011. Sin embargo, como bien señala la Entidad, la demandante habría prestado servicios directamente hasta el 30 de mayo del 2011, fecha de la recepción final de la obra y administrativamente hasta el 14 de octubre del 2011, fecha en la que aparentemente la demandante cumplió con su última obligación devenida del contrato subletrado al emitir el pronunciamiento respecto de la Liquidación Final del Contrato de Obra.

En este sentido, al margen de la fundamentación doctrinaria de carácter civil, respecto del enriquecimiento sin causa; es necesario, verificar si los presupuestos para el reconocimiento de prestaciones adicionales corresponden y si la entidad se encuentra obligada a su pago; tal como prevé la Ley de Contrataciones y su Reglamento.

Así, la Municipalidad señala que, en primer lugar, la demandante, mediante Oficio N° 584-2012-SGDUINF/MDASA de fecha 16 de octubre del 2012, le fue comunicada la respuesta a su Carta N° 091-CIVSA-2012 por medio de la cual le solicitaron el reconocimiento de Adicional y petición de pago. En aquel documento, se le señaló que ello no procedía pues no se había otorgado la conformidad de la última prestación y por tanto al no existir liquidación del contrato de consultoría, resultaba improcedente cualquier reconocimiento de mayores gastos.

En efecto, a decir de la Entidad, es necesario recordar que, la supervisora no había levantado las observaciones –conforme se analizó y expuso en el ítem anterior– siendo ello así, es decir sin el cumplimiento del servicio en las condiciones de su propuesta técnica y económica a favor de la entidad, no correspondía emitir

Dra. Karina Zambrano Blanco

ninguna conformidad y por tanto los adicionales u otro concepto retributivo. El Art. 179° del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, establece que el Supervisor presentará a la entidad la liquidación del contrato de consultoría de obra dentro de los quince (15) días siguientes de haberse otorgado la conformidad de la última prestación. En este orden, a la demandante no le corresponde ni correspondía el acogerse al Silencio Administrativo Positivo, ni mucho menos que se tenga por aprobada la liquidación del contrato de Consultoría de Obra, ya que incumplió con el procedimiento del Art. 179 del Reglamento, pues la carta N° 247-CIVSA-2011 (con la cual presenta su liquidación del contrato de supervisión a la entidad) se presentó antes de que la entidad le hubiera otorgado la conformidad de su última presentación, y por ello, no puede tenerse por aprobada o consentida ninguna liquidación al no existir y haberse otorgado conformidad alguna; hecho que la demandante tergiversa a fin de sustentar su pretensión.

Asimismo, la Municipalidad sostiene que la demandante con posterioridad a lo resuelto y comunicado por la entidad en el Oficio N° 584-2012-SGDUINF/MDASA de fecha 16 de octubre del 2012, no acredita haber presentado ningún documento de los plazos de ley, solicitando y/o sustentando y cuantificando la citada ampliación de plazo que perimiera su autorización por parte del titular de la entidad, conforme lo señala el Art. 41° de la Ley de Contrataciones – sobre Prestaciones Adicionales.

Finalmente, concluye la Entidad su defensa sobre este punto, señalando que el presunto cálculo que se realiza, se encuentra fuera de lo concebido legalmente, por cuanto, el Art. 41° de la ley señala que éstas se pueden autorizar hasta un máximo del 15% del total del contrato, por lo que dicha pretensión debe ser desestimada en su totalidad.

Respecto a la tercera pretensión:

A decir de la Entidad, conforme se ha explicado en los ítems anteriores, respecto de la no subsanación de observaciones y el incumplimiento de las mismas a su favor, así como las prestaciones adicionales no se arreglan a derecho al no existir aprobación de la liquidación del contrato de consultoría, la entidad se encontraría eximida de pagar en favor del Supervisor cualquier reconocimiento de indemnización, pues dicha parte resultaría perjudicada con el actuar temerario y coludido con el Supervisor de la ejecución de la obra, ya que la supervisión de la obra resultó observada por el Órgano de Control Interno de la entidad que encontró

serias deficiencias que irrogan un perjuicio económico para su parte por cerca de S/. 113,441.69 nuevos soles.

Respecto a la cuarta pretensión:

La Municipalidad fundamenta el quinto punto controvertido de acuerdo a lo expuesto en la contestación de demanda, señalando que dicha parte no asume el pago de costas y costos y gastos administrativos por cuanto las pretensiones devienen en infundadas.

C. POSICIÓN DEL ÁRBITRO ÚNICO

EN RELACIÓN AL PRIMER PUNTO CONTROVERTIDO

Determinar si corresponde o no ordenar a la Municipalidad Distrital de Alto Selva Alegre el reconocimiento y pago de la suma ascendente a S/. 28,228.62 (Veintiocho mil doscientos veintiocho y 62/100 Nuevos Soles), correspondientes al saldo de la Liquidación Final del Contrato de Servicios de Consultoría N° 220-2010-SGAL/MDASA.

En relación al presente punto controvertido, se aprecia que ella corresponde al reconocimiento del monto establecido en la Liquidación de Obra elaborada por la empresa Consultora e Inmobiliaria Volcán S.A – CIVSA.

Así pues, a fin de resolver el presente punto controvertido, la Árbitro Único considera conveniente efectuar el análisis, en primer momento, del cumplimiento de la formalidad para la presentación de la liquidación, para luego, analizar el fondo de lo determinado en la misma.

En relación a ello, en la Cláusula Décimo Séptima del contrato N° 220-2010-SGAI/MDASA de fecha 09 de junio de 2010, se determinó lo siguiente:

"La liquidación del contrato de consultoría de obra se sujetará a lo establecido en el artículo 179° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado".

De la misma manera, en el numeral 1 del artículo 179° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado se establece que:

"1. El contratista presentará a la Entidad la liquidación del contrato de consultoría de obra dentro de los quince (15) días siguientes de haberse otorgado la conformidad de la última prestación. La Entidad deberá pronunciarse respecto de dicha liquidación y notificar su pronunciamiento dentro de los quince (15) días siguientes de recibida; de no hacerlo, se tendrá por aprobada la liquidación presentada por el contratista. Si la Entidad observa la liquidación presentada por el contratista, éste deberá pronunciarse y notificar su pronunciamiento en el plazo de cinco (5) días de haber recibido la observación; de no hacerlo, se tendrá por aprobada la liquidación con las observaciones formuladas por la Entidad. En el caso que el contratista no acoja las observaciones formuladas por la Entidad, deberá manifestarlo por escrito dentro del plazo previsto en el párrafo anterior. En tal supuesto, dentro de los cinco (5) días siguientes, cualquiera de las partes deberá solicitar el sometimiento de esta controversia a conciliación y/o arbitraje, según corresponda, en la forma establecida en los artículos 214° y/o 215°"

Ante lo determinado en el artículo en mención, podemos advertir que el trámite de la Liquidación de un Contrato de Consultoría de obra será conforme a lo siguiente:

(i) El Contratista cuenta con un plazo de quince (15) días para presentar su Liquidación, plazo el cual, comenzará a computarse a partir de otorgada la conformidad de la última prestación.

(ii) La Entidad cuenta con un plazo de quince (15) días para pronunciarse en relación a la Liquidación presentada, procediendo a aceptarla o plantear las observaciones que considere.

(iii) En caso existan observaciones, el Contratista cuenta con un plazo de cinco (5) días para pronunciarse sobre ellas; siendo que, en el caso el Contratista no acoja las observaciones deberá dejar constancia ello por escrito.

(iv) Finalmente, en caso alguna de las partes lo considere conveniente, podrá someter la controversia a conciliación y/o arbitraje en un plazo de cinco (5) días.

Dra. Karina Zambrano Blanco

Ahora bien, en el presente arbitraje, de los medios probatorios aportados por las partes, se aprecia que con Carta N° 247-CIVSA-2011, el Contratista pone en conocimiento de la demandada lo siguiente:

"Por medio de la presente me dirijo a Uds. para saludarlos y a la vez comunicarles que habiendo sido recepcionada la Obra de la referencia mediante Carta de Recepción de Obra el día 03/05/2011, y habiendo presentado la Liquidación Final de Obra. Es que me permito presentar mi Liquidación Final por la Supervisión de Obra, para lo cual les hago llegar los Informes de Arquitectura, Estructuras, Instalaciones Sanitarias e Instalaciones Eléctricas, del mismo modo adjunto copia del Acta de Recepción de Obra y copia del Contrato".

De la misma manera, teniendo en cuenta la fecha de recepción por parte de la Entidad, dicha parte contaba con un plazo de quince (15) días para presentar sus observaciones o aprobar la Liquidación, la misma que vencía el día 18 de noviembre de 2011; en relación a ello, con Oficio N° 234-2011-SGDUING/MDASA, recibida por el Contratista con fecha 18 de noviembre de 2011 (dentro del plazo determinado), la Municipalidad precisa lo siguiente:

"El motivo del presente es para hacer de su conocimiento con relación al expediente de la referencia (Carta N° 247-CIVSA-2011) que, la Liquidación final de Supervisión de obra, es incompleta, toda vez que no considera la etapa de supervisión de la formulación del estudio y expediente técnico; asimismo, es carente del informe de los profesionales y técnicos por especialidad, responsables por cada una de las etapas del proceso de formulación y ejecución del proyecto".

Ahora, contando con la comunicación de la Municipalidad, el Contratista contaba con un plazo de cinco (5) días, para dejar constancia por escrito su no acogimiento a las observaciones planteadas, la misma que vencía el día 23 de noviembre de 2011; al respecto, con Carta N° 262-CIVSA-2011, recibida por la Municipalidad con fecha 21 de noviembre de 2011 (dentro del plazo determinado), el Contratista absuelve las observaciones, manifestando lo siguiente:

"Con fecha 03/11/2011 mediante Carta N° 247-CIVSA-2011 presentamos en 47 folios la Liquidación del Contrato de Supervisión de Obra donde se presentó lo siguiente:

- *Informe de Liquidación Final de Supervisión de Obra.*
- *Informe de Arquitectura, Estructuras, Instalaciones Eléctricas e Instalaciones Sanitarias.*
- *Copia del Acta de Recepción de Obra.*
- *Copia del Contrato.*

Con fecha 18/11/2011 nos hacen llegar el Oficio anotado en la referencia; y dando respuesta al mismo adjuntamos copia de la Carta N° 256-CIVSA-2010 de fecha 11/10/2010 donde manifestamos la entrega del CUADERNO DEL PROYECTO donde el mismo se explica"

De esta manera, conforme puede apreciarse con la recepción de la Carta N° 262-CIVSA-2011 se cumplió con el trámite correspondiente a la Liquidación de Consultoría de Obra, siendo que en caso alguna de las partes lo considerasen conveniente, podían iniciar la conciliación y/o arbitraje.

No obstante, de la revisión de la documentación presentada por las partes, así como de las alegaciones planteadas durante la actuación del presente arbitraje, se aprecia que ambas partes se han enviado recíprocamente documentos correspondientes al trámite de la liquidación de consultoría de obra, tales como:

- Oficio N° 243-2011-SGUDINF/MDASA de fecha 30 de noviembre de 2011, mediante la cual, la Municipalidad pone en conocimiento del Contratista del Informe N° 190-2011-MAM/DINF/SGDUeINFMDASA que contiene el pronunciamiento de la División de Infraestructura en relación a la Liquidación presentada.

- Carta N° 277-CIVSA-2011 de fecha 07 de diciembre de 2011, mediante la cual, el Contratista remite nuevamente a la Municipalidad la Liquidación elaborada por ella, adjuntando copia del Cuaderno del Proyecto.

- Oficio N° 271-2011-SGDUINF/MDASA de fecha 30 de diciembre de 2011, mediante la cual, la Municipalidad pone en conocimiento del Contratista del Informe N° 641-2011-MAM/DINF/SGDUINF/MDASA que contiene algunas observaciones a la Liquidación presentada.

Dra. Karina Zambrano Blanco

- Carta N° 018-CIVSA-2012 de fecha 07 de febrero de 2012, mediante el cual, el Contratista pone en conocimiento de la Municipalidad las absoluciones a las observaciones efectuadas a la liquidación presentada.

- Oficio N° 84-2012-SGDUINF/MDASA de fecha 30 de enero de 2012, mediante el cual, la Municipalidad pone en conocimiento del Contratista del Informe N° 140-2012-INF-SGDUINF/MDASA que contiene el pronunciamiento de la División de Infraestructura en relación a la absolución a las observaciones a la Liquidación presentada.

En relación a dicha documentación, la Árbitro Único considera que ellas no forman parte del trámite de la liquidación; por lo que, estas no serán tomadas en cuenta para la emisión del pronunciamiento correspondiente, sin que ello signifique que este Árbitro Único esté determinando la validez o no de dicha documentación, pues ello no es materia de controversia en las pretensiones ni en los fundamentos planteados.

Ahora bien, estando a lo señalado en el párrafo precedente, a fin de emitir pronunciamiento sobre el presente punto controvertido, la Árbitro Único considera conveniente tener presente el Oficio N° 234-2011-SGDUING/MDASA, pues en este, en principio, la Municipalidad observa la liquidación elaborada por la demandante. Dicho documento es el siguiente:



De la misma manera, de la revisión del mencionado Oficio puede apreciarse que en el Asunto se ha indicado que se está "*Observando la Liquidación de Contrato de Supervisión de Obra*"; siendo firmado por el Sub Gerente de Desarrollo Urbano e Infraestructura, Ing. Edwin Gonzalo Pérez Carpio, y asimismo, tal como se ha precisado en párrafos precedentes, el contenido de dicho oficio es el siguiente:

"Tengo el agrado de dirigirme a usted a nombre del señor Alcalde de la Municipalidad Distrital de Alto Selva Alegre, para saludarlo cordialmente. El motivo del presente es para hacer de su conocimiento con relación al expediente de la referencia (Carta N° 247-CIVSA-2011) que, la Liquidación final de Supervisión de obra, es incompleta, toda vez que no considera la etapa de supervisión de la formulación del estudio y expediente técnico; asimismo, es carente del informe de los profesionales y técnicos por especialidad, responsables por cada una de las etapas del proceso de formulación y ejecución del proyecto. Por lo indicado, sírvase a presentar en

el plazo más breve su informe completo, para poder evaluar y pronunciarse respecto a la liquidación de contrato"

En relación a ello, conforme puede advertirse, en principio, la Municipalidad está observando la Liquidación elaborado por el Contratista; sin embargo, el cuestionamiento que aquí se advierte es si realmente la persona quien elaboró el Oficio con las observaciones se encontraba posibilitada para emitir las mismas, esto es, si el Oficio fue emitido por persona competente.

Al respecto, debemos tener en cuenta que el artículo 6° de la Ley de Contrataciones del Estado establece lo siguiente:

"Cada Entidad establecerá en su Reglamento de Organización y Funciones u otros instrumentos de organización, el órgano u órganos responsables de programar, preparar, ejecutar y supervisar los procesos de contratación hasta su culminación, debiendo señalarse las actividades que competen a cada funcionario, con la finalidad de establecer las responsabilidades que le son inherentes (...)".

De la misma manera, en el numeral 1 del artículo 5° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado establece que:

"Para los efectos de la aplicación de la Ley y el presente Reglamento están a cargo de las contrataciones los siguientes funcionarios y dependencias de la Entidad:

1. Titular de la Entidad es la más alta autoridad ejecutiva, de conformidad con sus normas de organización, que ejerce las funciones previstas en la Ley y en el presente Reglamento para la aprobación, autorización y supervisión de los procesos de contrataciones del Estado. En el caso de la empresa del Estado, el Titular de la Entidad es el Gerente General o el que haga sus veces".

Sobre lo indicado, en la Opinión del Organismo Supervisor de Contrataciones del Estado (OSCE) se indica lo siguiente:

"De otro lado, de acuerdo con el numeral 1) del artículo 5 del Reglamento, el Titular de la Entidad es el funcionario competente para aprobar, autorizar y

supervisar las contrataciones de la Entidad. No obstante, el segundo párrafo del artículo 5 de la Ley precisa que: "El Titular de la Entidad podrá delegar, mediante resolución, la autoridad que la presente norma le otorga. No pueden ser objeto de delegación, la aprobación de exoneraciones, la declaración de nulidad de oficio y las autorizaciones de prestaciones adicionales de obra y otros supuestos que se establezcan en el Reglamento". (El subrayado es agregado). Como se aprecia, el Titular de la Entidad puede delegar a otro funcionario la aprobación de solicitudes de ampliación de plazo, toda vez que dicha facultad no se encuentra comprendida entre los supuestos en los que la delegación está prohibida."

De la misma manera, en la Opinión N° 104-2009/DTN, el Organismo Supervisor de Contrataciones del Estado precisa lo siguiente:

"Ahora bien, considerando que la normativa de contratación pública señala las normas básicas que contienen los lineamientos que deben observar las Entidades del Sector Público², lo indicado en el párrafo anterior no es óbice para que las normas de organización interna de la Entidad contratante — tales como el Reglamento de Organización y Funciones y el Manual de Organización y Funciones— señale que determinada dependencia y/o funcionario de su estructura orgánica detente la facultad de aprobar la liquidación de un contrato de obra, siempre que el ejercicio de dicha competencia sea congruente con lo dispuesto en el artículo 269° del Reglamento".

Al respecto, cabe indicar que si bien las Opiniones de OSCE señalada precedentemente, corresponde a una ampliación de plazo, debemos advertir que el contenido en ella, esto es, la delegación de funciones, es aplicable a cualquier comunicación que se efectúe entre la Entidad y el Contratista durante la ejecución del contrato, siendo incluso más relevante en aquellos casos donde se otorguen o denieguen derechos, como es el caso del pronunciamiento sobre la Liquidación de Obra.

² De acuerdo a lo señalado en el artículo 1° de la Ley.

Dra. Karina Zambrano Blanco

Así pues, teniendo en cuenta lo advertido, debemos apreciar que, en principio, la persona que tiene la potestad de emitir pronunciamientos en una relación contractual será el Titular de la Entidad; siendo que dicha persona se encuentra facultada en delegar dicha función a otro funcionario de la misma Entidad, la misma que deberá ser expresamente establecida mediante Resolución correspondiente; o en caso así corresponda, podrá expedir pronunciamiento el funcionario que se encuentre determinado en la estructura orgánica.

Ahora bien, en el presente arbitraje, la Entidad contratante es la Municipalidad Distrital de Vista Alegre, la cual conforme artículo 6° de la Ley Orgánica de Municipalidades, será el Alcalde quien ejerza la representación legal y será la autoridad máxima administrativa³.

En tal sentido, en una relación contractual, en aplicación de la Ley de Contrataciones del Estado, el único que se encontrará facultado para pronunciarse sobre algún cuestionamiento corresponderá al Alcalde, siendo que en caso así se encuentre establecido en su estructura orgánica, otro funcionario se encontrará posibilitado en pronunciarse.

Ante ello, debemos advertir que el Oficio N° 234-2011-SGDUING/MDASA ha sido firmado por el Ing. Edwin Gonzalo Pérez Carpio, quien ejerce el cargo de Sub Gerente de Desarrollo Urbano e Infraestructura; dicho hecho conlleva al siguiente cuestionamiento: ¿Se encontraba facultado el referido funcionario para pronunciarse en relación a la Liquidación de Consultoría de Obra presentada por el Contratista?

Al respecto, debe señalarse que la acreditación probatoria de las alegaciones es la actividad necesaria que implica demostrar la certeza de un hecho, su existencia o contenido según los medios establecidos por la ley. Así, **la prueba recae sobre quien alega algo**, ya que por principio probatorio se establece que quien alega debe probar la veracidad de aquello que afirma.

³ Art. 6 de la Ley Orgánica de Municipalidades: La alcaldía es el órgano ejecutivo del gobierno local. El alcalde es el representante legal de la municipalidad y su máxima autoridad administrativa.

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

Esto responde al denominado por la doctrina como **Onus Probandi**, (o carga de la prueba) que es una expresión latina del principio jurídico que señala quién está obligado a probar un determinado hecho ante los tribunales. El fundamento del **Onus Probandi**, radica en un viejo aforismo de derecho que expresa que **"lo normal se presume, lo anormal se prueba"**. Básicamente, lo que se quiere decir con este aforismo es que la carga o el trabajo de probar un enunciado debe recaer en aquel que rompe el estado de normalidad.

En ese sentido, tal como se ha indicado precedentemente, en el presente caso, siendo que nos encontramos ante un Oficio emitido por la Municipalidad, corresponderá a dicha parte demostrar, mediante medio probatorio fehaciente, que el funcionario Ing. Edwin Gonzalo Pérez Carpio, quien ejerce el cargo de Sub Gerente de Desarrollo Urbano e Infraestructura, contaba con todas las facultades para pronunciarse en relación a la Liquidación de Consultoría de Obra presentada por el Contratista.

Así pues, del análisis de los medios probatorios presentados por la Municipalidad durante las actuaciones del presente arbitraje, no se aprecia que alguno de los documentos presentados por dicha parte acrediten fehacientemente y creen certeza suficiente en este Árbitro Único de que el funcionario que firmó el Oficio N° 234-2011-SGDUING/MDASA contaba con las facultades para emitir dicho oficio, pues con ella se procedía a observar la Liquidación presentada; más aún, si del Contrato celebrado entre las partes, se aprecia que la misma ha sido firmado por el Gerente Municipal.

De la misma manera, al no existir medio probatorio fehaciente que acredite las facultades del funcionario Ing. Edwin Gonzalo Pérez Carpio para pronunciarse respecto a la Liquidación, la Árbitro Único considera que no existe documento válido emitido por la Municipalidad, por la cual haya presentado sus observaciones a la Liquidación de Consultoría de Obra. Esto último pese a que la Municipalidad ha

⁴ CANELO RABANAL, R. Comentario al artículo 188 del Código Procesal Civil en Código Procesal Civil Comentado por los mejores especialistas Tomo II. 1ra. Edición. Editorial ADRUS, Arequipa, Junio 2010. p. 36.

tenido tiempo suficiente para acreditar que las facultades de quien suscribió el pronunciamiento de la Entidad respecto de la liquidación; al respecto, debe considerarse que durante toda la etapa probatoria del presente proceso arbitral la Municipalidad no se pronunció sobre las facultades del funcionario que suscribió la denominada observación a la liquidación, debiendo dejarse establecido que la Entidad en ningún momento objetó y/o tachó el medio probatorio correspondiente, limitándose a alegar sobre la falta de presentación de documentos de liquidación por parte de su contraria.

En tal sentido, teniendo en cuenta lo determinado en el párrafo precedente, esto es, al no existir observaciones válidas, y con ello, no existir pronunciamiento por parte de la Municipalidad, corresponde determinar que la Liquidación de Obra presentada por el Contratista ha quedado consentida, conforme a lo establecido en el artículo 179º del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

Ahora bien, en relación al consentimiento de la Liquidación de Consultoría de Obra, debe indicarse que el artículo 42º de la Ley de Contrataciones del Estado establece que:

*"(...) Tratándose de contratos de ejecución o consultoría de obras, el contrato culmina con la liquidación y pago correspondiente, la misma que será elaborada y presentada a la Entidad por el contratista, según los plazos y requisitos señalados en el Reglamento, debiendo aquella pronunciarse en un plazo máximo fijado también en el Reglamento bajo responsabilidad del funcionario correspondiente. **De no emitirse resolución o acuerdo debidamente fundamentado en el plazo antes señalado, la liquidación presentada por el contratista se tendrá por aprobada para todos los efectos legales**" (El resaltado es nuestro).*

De la misma manera, la Opinión N° 104-2009/DTN del Organismo Supervisor de Contrataciones del Estado (OSCE), respecto al consentimiento de la liquidación de contrato, señala que:

"Cabe precisar que el consentimiento de la liquidación final del contrato genera certeza respecto de todo su contenido, es decir, causa certeza respecto de la existencia de saldos a favor o en contra del contratista o de la Entidad, y de las acreencias que posteriormente cualquiera de las partes pudiera hacer valer ante su falta de pago. En ese sentido, si del documento

Dra. Karina Zambrano Blanco

*fluyera que determinada valorización ha sido cancelada, ésta se entenderá pagada, en caso el contratista no observe dicho aspecto en los plazos estipulados. En consecuencia, **la liquidación presentada dentro de los plazos estipulados en el Reglamento que no es observada en su oportunidad, de acuerdo al procedimiento y los plazos señalados en el artículo 269° del Reglamento, quedará consentida para todos los efectos de la Ley***" (El resaltado es nuestro).

Igualmente, la Opinión N° 184-2009-EF del Organismo Supervisor de Contrataciones del Estado (OSCE), respecto al consentimiento de la Liquidación de Obra indica lo siguiente:

*"En consecuencia, **la liquidación presentada dentro de los plazos estipulados en el Reglamento, que no es observada en su oportunidad, quedará consentida para todos los efectos de la Ley**, aun cuando contenga montos mayores a los que corresponden o considere valorizaciones que realmente no han sido pagadas. En todo caso, una vez consentida la liquidación asiste a las partes dirimir cualquier controversia en la vía judicial."* (El resaltado es nuestro)

De esta manera, de lo establecido en el artículo 42° de la Ley y de las Opiniones vertidas por el OSCE⁵, se aprecia que el consentimiento se producirá cuando una de las partes no haya observado la liquidación presentada por la contraria, teniendo como efecto que la liquidación presentada adquiera la calidad de consentida para todos los efectos de la Ley.

De igual manera, de acuerdo a las Opiniones del OSCE, se aprecia que el contenido de la liquidación deberá entenderse exacta en todo lo que corresponda, procediendo únicamente a establecerse si se ha producido el consentimiento o no de la Liquidación de Obra presentada.

De esta manera, al no existir cuestionamiento respecto a los montos establecidos en la Liquidación, de conformidad con lo señalado en la Opiniones N° 104-2009/DTN y N° 184-2009-EF emitida por el Organismo Supervisor de

⁵ Cabe precisar que, si bien las Opiniones del OSCE corresponde a Contratos de Obra, el contenido de la misma es relevante en la aplicación del consentimiento para los Contratos de Consultoría de Obra.

Dra. Karina Zambrano Blanco

Contrataciones del Estado (OSCE), corresponde otorgar el saldo a favor establecido por el Contratista en la Liquidación de Consultoría de Obra presentada en la Carta N° 247-CIVSA-2011, en la que se estableció un monto ascendente a S/. 28,228.62 (Veintiocho Mil Doscientos Veintiocho y 62/100 Nuevos Soles).

Por lo tanto, la Árbitro Único dispone declarar FUNDADO el presente punto controvertido, y en consecuencia, corresponde reconocer y ordenar el pago del saldo establecido en la Liquidación de Consultoría de Obra presentada en la Carta N° 247- CIVSA-2011, la misma que asciende a la suma de S/. 28,228.62 (Veintiocho Mil Doscientos Veintiocho y 62/100 Nuevos Soles).

EN RELACIÓN AL SEGUNDO PUNTO CONTROVERTIDO

Determinar si corresponde o no ordenar a la Municipalidad Distrital de Alto Selva Alegre el reconocimiento y pago de la suma ascendente a S/. 38,402.50 (Treinta y ocho mil cuatrocientos dos y 50/100 Nuevos Soles), correspondientes a las mayores prestaciones adicionales efectuadas por el demandante en la ejecución del Contrato N° 220-2010-SGAL/MDASA por constituir enriquecimiento sin causa.

En el presente análisis cabe primero recordar que en el primer punto controvertido precedente se determinó el reconocimiento y pago de la suma ascendente a S/. 28,228.62 (Veintiocho mil doscientos veintiocho y 62/100 Nuevos Soles), correspondientes al saldo de la Liquidación Final del Contrato de Servicios de Consultoría N° 220-2010-SGAL/MDASA

Ahora bien, efectivamente el contrato de supervisión en su quinta cláusula estableció el plazo contractual, el mismo que tenía un periodo contado desde el 09 de junio de 2010, hasta el 08 de febrero de 2011. Al respecto, la quinta cláusula del Contrato del Servicio de Consultoría para la Supervisión de la Ejecución de la Obra "Construcción del Complejo Recreativo y Deportivo Rolando Jaúregui Lazarte del Distrito de Alto Selva Alegre" señala lo siguiente:

CLAUSULA QUINTA: INICIO Y CULMINACIÓN DE LA PRESTACIÓN

El plazo de ejecución de la prestación se extenderá por 240 días calendarios a partir del 09 de junio de 2010 hasta el 03 de febrero de 2011

Dra. Karina Zambrano Blanco

Por su parte, la Entidad señala que la demandante habría prestado servicios directamente hasta el 30 de mayo del 2011, fecha de la recepción final de la obra y administrativamente hasta el 14 de octubre del 2011; ahora bien en el contrato (el mismo que incluye las bases) se establecen las obligaciones del supervisor, en tal sentido, a decir de este árbitro único las obligaciones del supervisor concluyen efectivamente con la presentación del pronunciamiento respecto de la Liquidación de Contrato del Obra.

De los documentos presentados por las partes, este Árbitro Único advierte que con fecha 14 de octubre de 2011, el Supervisor contratado emitió el pronunciamiento respecto de la Liquidación de Contrato de Obra, ello en atención a las obligaciones contractuales asumidas y derivadas del contrato.

Consecuentemente, el contratista de la obra trabajó hasta el 30 de mayo de 2011, fecha en que se efectúa la recepción de Obra (Conforme el Acta de Recepción de obra), luego el Ejecutor presentó su liquidación de contrato, y posteriormente la Entidad emitió la constancia de conformidad y presentación de la obra al ejecutor con fecha 19 de julio de 2011, conforme se advierte del anexo 3 del escrito de demanda; así pues recién con fecha 14 de octubre de 2011, el Supervisor emitió el pronunciamiento respecto de la Liquidación de Contrato de Obra. Asimismo, cabe señalar que la Municipalidad demandada no se pronuncia negando las mayores prestaciones, en el plazo antes señalado, efectuadas por el supervisor, siendo que no existe medio probatorio alguno que demuestre o contradiga la prestación de trabajos desde el vencimiento del plazo contractual hasta la última prestación efectiva.

Por tanto, se advierte que efectivamente en el periodo contado desde el 3 de febrero de 2011, hasta el 14 de octubre del 2011, el supervisor siguió trabajando con sus propios recursos, los cual en principio no ha sido negado por la entidad y bajo esa premisa no ha sido reconocido por la Entidad.

Ahora bien, el Art. 1361 del Código Civil sobre la obligatoriedad de los contratos establece lo siguiente: Los contratos son obligatorios en cuanto se haya expresado en ellos.

Se presume que la declaración expresada en el contrato responde a la voluntad común de las partes y quien niegue esa coincidencia debe probarla, por lo tanto, habiendo advertido este Árbitro Único que el supervisor realizó mayores

Dra. Karina Zambrano Blanco

prestaciones, los cuales corresponden a las obligaciones contraídas con la Entidad⁶, lo cual ha significado un detrimento de su patrimonio los cuales han sido en beneficio del demandado, configurándose el Enriquecimiento sin Causa.

El jurista peruano Mario Castillo Freyre señala que existen diversas teorías que intentan explicar lo que implica el enriquecimiento sin causa: (i) Aquellas que lo consideran como un fuente obligaciones a fin a la gestión de negocios o la responsabilidad extracontractual; (ii) Aquellas que lo conciben como una fuente de obligaciones propia e independiente y; (iii) Aquellas que señalan que no es una fuente autónoma de obligaciones sino un principio que informa el ordenamiento jurídico en general. El mismo Castillo Freyre señala que el enriquecimiento sin causa no puede presentarse en el escenario contractual "fue una posición bastante difundida en la doctrina antigua", sin embargo, otra corriente doctrinaria considera que "...el enriquecimiento sin causa se funda en un principio de equidad que informa el Derecho en general, podríamos afirmar que dicha figura puede generarse tanto dentro como fuera del contrato".

El enriquecimiento sin causa es *"un principio abstracto que informa el derecho civil en general y que ha sido convertida en noma positiva expresamente (...) con el objeto de producir una obligación en quien se enriquece y un derecho subjetivo en quien se empobrece"*⁷.

La Ley de Contrataciones del Estado señala expresamente que todas las controversias que pudieran surgir como consecuencia de un contrato con el Estado, son susceptibles de resolverse mediante conciliación y/o arbitraje, en tal sentido, este Árbitro Único es competente para resolver conflictos presentados durante la ejecución contractual, incluyendo por supuesto los referidos al enriquecimiento sin causa.

El enriquecimiento sin causa tiene contenido patrimonial (per se), y por tanto es materia arbitrable, asimismo, este Árbitro Único advierte que el convenio arbitral no ha excluido el enriquecimiento sin causa. En ese sentido, el Árbitro Único considera que el enriquecimiento sin causa es un principio del Derecho que puede aplicarse en el marco de una ejecución contractual o de supervisión como fuera del contrato.

⁶ En este punto se debe recordar que la misma Entidad no ha cuestionado las mayores prestaciones, es decir no cuestiona que el supervisor trabajó en el periodo indicado.

⁷ Campos Medina, Alexander. La Arbitrabilidad del Enriquecimiento sin Causa. Revista Peruana de Arbitraje Nro. 03. 2006. Pág. 314.

El denominado enriquecimiento indebido o enriquecimiento sin causa se encuentra regulado en los artículos 1954º y 1955º de la sección Cuarta del Libro VII (Fuentes de las Obligaciones) del Código Civil (CC). El artículo 1954º señala que "Aquél que se enriquece indebidamente a expensas de otro está obligado a indemnizarlo", el artículo citado se configura como una obligación legal, que no necesariamente requiere encontrarse dentro una relación contractual. Esto es confirmado por el artículo 2098º, así pues "Las obligaciones que nacen por mandato de la ley, la gestión de negocios, el enriquecimiento sin causa y el pago indebido, se rigen por la Ley del lugar en el cual se llevó o debió llevarse a cabo el hecho originario de la obligación".

En tanto que el artículo 1955º, aclara que se trata de una acción residual o supletoria pues "La acción a que se refiere el artículo 1954º no es procedente cuando la persona que ha sufrido el perjuicio puede ejercitar otra acción para obtener la respectiva indemnización".

En este punto, es preciso preguntarse ¿si cabe otra acción posible prevista en la Ley exigir el derecho? Así pues, anteriormente este Árbitro Único ha indicado que es el Árbitro Único el competente para resolver las controversias, de conformidad con lo establecido en la Ley de Contrataciones del Estado, la cual establece que las controversias que surjan entre las partes se resolverán mediante conciliación o arbitraje.

Por otra parte, debe tenerse presente que el propio Organismo Supervisor de Contrataciones del Estado – OSCE, en las Opiniones de su Dirección Técnica Normativa Nro. 48-2007/DOP; Opinión Nro. 53-2007/DOP, Opinión Nro. 59-2009/DTN, Opinión Nro. 83-2009/DTN, Opinión 973-2011/DTN, Opinión 067-2012/DTN, ha reconocido que el Estado sí puede incurrir en enriquecimiento sin causa por la ejecución de una obra o prestación de servicios en su favor, sin base contractual o sin haberse seguido las formalidades, requisitos y procedimientos establecidos por la normativa de contrataciones del Estado para el respectivo proceso de contratación.

En ese sentido el Organismo Supervisor de Contrataciones del Estado – OSCE señala lo siguiente:

"(...) si una Entidad obtuvo la prestación de un servicio por parte de

un proveedor, este tendría derecho a exigir que la Entidad le reconozca el precio del servicio prestado – aun cuando la prestación del servicio haya sido obtenida sin observar las disposiciones de la normativa de contrataciones del Estado–, pues el Código Civil⁸, en su artículo 1954, establece que "Aquel que se enriquece indebidamente a expensas de otro está obligado a indemnizarlo".

Al respecto, el Tribunal de Contrataciones del Estado, mediante la Resolución N° 176/2004.TC-SU, ha establecido lo siguiente: "(...) nos encontramos frente a una situación de hecho, en la que ha habido – aún sin contrato válido – un conjunto de prestaciones de una parte debidamente aceptadas - y utilizadas por la otra, hecho que no puede ser soslayado para efectos civiles. En este sentido, cabe señalar que, conforme al artículo 1954 del Código Civil, el ordenamiento jurídico nacional no ampara en modo alguno el enriquecimiento sin causa. En efecto, no habiéndose suscrito el contrato correspondiente, no ha existido fundamento legal ni causa justa para dicha atribución patrimonial que sustente el enriquecimiento indebido en el que ha incurrido la Entidad, circunstancias que deberá ser ventilada por las partes en la vía correspondiente."

(...)

Así, para que en el marco de las contrataciones del Estado se verifique un enriquecimiento sin causa es necesario que: (i) la Entidad se haya enriquecido y el proveedor se haya empobrecido; (ii) que exista conexión entre el enriquecimiento de la Entidad y el empobrecimiento del proveedor, la cual estará dada por el desplazamiento de la prestación patrimonial del proveedor a la Entidad; y (iii) que no exista una causa jurídica para esta transferencia patrimonial, como puede ser la ausencia de contrato.

Por tanto, el proveedor que se encuentre en la situación descrita bien podría ejercer la acción por enriquecimiento sin causa ante la vía correspondiente a efectos de requerir el reconocimiento del precio de las prestaciones ejecutadas a favor de la Entidad, mediante una indemnización. Situación en la cual corresponde a la autoridad que

⁸ De aplicación supletoria en la ejecución de los contratos que se ejecutan bajo las disposiciones de la normativa de contrataciones del Estado, de conformidad con el artículo 142 del Reglamento. Para mayor información sobre este criterio puede revisarse la Opinión N° 072 2011/DTN.

conozca y resuelva dicha acción evaluar si la Entidad se ha beneficiado -enriquecido a expensas del proveedor- con la prestación del servicio, en cuyo caso, en aplicación de los principios generales que vedan el enriquecimiento sin causa, ordenaría a la Entidad no sólo reconocer el íntegro del precio de mercado del servicio prestado, y sus respectivos intereses, sino también las costas y costos derivados de la interposición de la acción.” (Opinión Nro. 067-2012/DTN)

Asimismo, la segunda sala Civil Subespecializada en lo Comercial de Lima ha señalado en el EXPEDIENTE Nº0118-2013-0-1817-SP-CO-02 lo siguiente:

*“(…) A consideración del suscrito no cabe argumentar que como quiera que tales prestaciones adicionales no fueron autorizadas por la entidad, entonces no forman parte del contrato y, por ende no pueden cobijarse en el convenio arbitral precitado, por cuanto un tal argumento no niega el dato de la realidad, que el invocado enriquecimiento sin causa ha surgido durante la ejecución del contrato, con ocasión del mismo y funcionalmente vinculado al objetivo de dicho contrato. Si como se ha dicho, el enriquecimiento sin causase sustenta en el principio de equidad que informa el Derecho en general, se puede afirmar que dicha figura puede generarse tanto dentro como fuera del contrato; por tanto, si las controversias sobre dicho enriquecimiento sin causa surgen después de la celebración del contrato, en la ejecución del mismo, resulta por lógica una materia arbitrable, en aplicación, además, del principio *favor arbitralis*.”*

Ahora bien, la figura del Enriquecimiento sin Causa regulada en el artículo 1954º del código civil señala que la Acción por enriquecimiento sin causa, es procedente contra aquel que se enriquece indebidamente a expensas de otro está obligado a indemnizarlo. La regulación antes descrita está basada en el principio general del derecho el que nadie pueda enriquecerse con daño o detrimento de otro y que si ello ocurre, el enriquecimiento debe restituirse (conforme ya indicamos).

Habiendo determinado que este Árbitro Único es competente para analizar el enriquecimiento sin causa, corresponde determinar si, en el presente caso, se ha producido el Enriquecimiento sin causa.

En primer lugar, como hemos apuntado anteriormente, para que se configure el enriquecimiento sin causa debe haber existido la utilidad, beneficio o ganancia que obtiene un sujeto a costa de otro. En el presente caso, la Entidad se ha enriquecido con el trabajo efectuado por la supervisión en un periodo mayor al contratado. Ahora bien, el desplazamiento de patrimonio efectuado por la supervisión corresponde a trabajos relacionados con sus obligaciones contractuales (emisión de informes, valorizaciones, y pronunciamiento respecto de la liquidación final de obra), razón por la cual este Árbitro Único advierte que el desplazamiento de valores del patrimonio del Supervisor se ha dado de manera directa pues dicha parte y prestó servicios a beneficio de la Entidad.

Las diferentes opiniones OSCE sobre la posibilidad de someter los mayores trabajos ejecutados al Arbitraje mediante el Enriquecimiento sin causa, como son: la OPINION EN ARBITRAJE N° 004-2012/DAA, de la Dirección de Arbitraje Administrativo y la OPINION N° 042-2010/DTN, OPINION N° 042-2011/DTN, OPINION N° 051-2012/DTN, OPINION N° 083-2012/DTN, apoyan los argumentos del supervisor siempre y cuando conforme a lo indicado por OSCE se verifiquen las siguientes condiciones:

- Que al Entidad se haya enriquecido y el proveedor se haya empobrecido;
- Que exista conexión entre el enriquecimiento de la Entidad y el empobrecimiento del proveedor, la cual estará dada por el desplazamiento de la prestación patrimonial del proveedor a la Entidad; y
- Que no exista causa jurídica para esta transferencia patrimonial.

De lo expuesto hasta este punto, este Árbitro Único verifica el cumplimiento de las condiciones señaladas por el OSCE.

Ahora bien, el supervisor solicita el monto de S/. 38,402.50 (Treinta y ocho mil cuatrocientos dos y 50/100 Nuevos Soles), monto que –según la demandante – resulta de cuantificar el 25% del monto del contrato para la supervisión de la obra. Sin embargo,

Al respecto, este Árbitro Único tomando en consideración la discrecionalidad que tiene para determinar el “quantum” indemnizatorio, y considerando que el Supervisión calculó un 25% del total del contrato de supervisión - los cuales a juicio de este Árbitro Único no deben ser considerados de manera total - tomará como

referencia para establecer el enriquecimiento sin causa únicamente el 15% del monto del contrato para la supervisión de la obra (Supervisión de la ejecución de la obra), monto que asciende a la suma de S/. 115,207.50; ahora bien el 15% del monto antes señalado asciende a la suma de S/. 17,281.12 (diecisiete mil doscientos ochenta y uno con 12/100 nuevos soles), esto último en razón de que la Entidad se benefició del trabajo efectuado por la supervisión.

Por lo tanto, este árbitro único declara FUNDADO EN PARTE el segundo punto controvertido derivado de la segunda pretensión principal; en consecuencia, ordénese a la Municipalidad Distrital de Alto Selva Alegre el reconocimiento y pago de la suma ascendente a S/. 17,281.12 (diecisiete mil doscientos ochenta y uno con 12/100 nuevos soles), correspondientes a las mayores prestaciones adicionales efectuadas por el demandante en la ejecución del Contrato N° 220-2010-SGAL/MDASA por constituir enriquecimiento sin causa.

EN RELACIÓN AL TERCER PUNTO CONTROVERTIDO

Determinar si corresponde o no ordenar a la Municipalidad Distrital de Alto Selva Alegre el reconocimiento y pago de intereses generados por el no pago de los saldos de la liquidación, desde la fecha en que la liquidación quedó aprobada por silencio positivo y hasta la fecha real de pago.

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

Para ello, resulta pertinente citar a los doctores Felipe Osterling Parodi y Mario Castillo Freyre⁹:

"(...) Debe quedar claro que el pago de intereses es susceptible de aplicarse a todo tipo de deudas, entiéndase: deuda pecuniaria o dineraria y deuda no pecuniaria o de valor (...).

⁹ **OSTERLING PARODI**, Felipe y **CASTILLO FREYRE**, Mario. "Compendio de Derecho de las Obligaciones". Lima: Palestra Editores, p.517.

De este modo, no la naturaleza de la obligación principal, ni el objeto de su prestación, constituyen óbice para el cobro de los intereses".
(El subrayado es nuestro)

En el caso materia de la controversia, se ha determinado que la Entidad debe pagar a favor de la empresa consultora, la suma S/. 28,228.62 (Veintiocho mil doscientos veintiocho y 62/100 Nuevos Soles), correspondientes al saldo de la Liquidación Final del Contrato de Servicios de Consultoría N° 220-2010-SGAL/MDASA, saldo a favor de la demandante.

Es decir, se ha determinado que la Entidad tiene una deuda a favor de la consultora, deuda que consiste en un pago a favor de éste; por tal motivo, encontrándonos frente a una deuda que debe ser cancelada, corresponde declarar que la empresa tiene derecho también a percibir los respectivos intereses.

Ahora bien, en su escrito de demanda, la empresa consultora solicita el reconocimiento de los respectivos intereses; al respecto, 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"¹⁰.

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,

¹⁰ 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.

Dra. Karina Zambrano Blanco

se tratará del interés compensatorio (pactado) o del interés legal¹¹. En ese sentido, siendo que las partes no han pactado ningún tipo de interés, nos regiremos por los intereses legales a los que hace alusión el artículo 1246° del Código Civil.

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 deberá determinar desde cuando 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 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 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 Entidad haya recepcionado la solicitud de la empresa consultora para someter a arbitraje las controversias suscitadas entre ellas.

En tal sentido, se deberá computar el pago de intereses legales a favor de la demandante a partir de que la solicitud de inicio de arbitraje fue presentada.

Por lo expuesto, este Árbitro Único declara FUNDADO el tercer punto controvertido derivado de la tercera pretensión principal; consecuentemente ordénese a la

¹¹ **OSTERLING PARODI**, Felipe y **CASTILLO FREYRE**, Mario. "Compendio de Derecho de las Obligaciones". Lima: Palestra Editores, p.533.

Dra. Karina Zambrano Blanco

Municipalidad Distrital de Alto Selva Alegre el reconocimiento y pago de intereses legales en base a la suma de la suma S/. 28,228.62 (Veintiocho mil doscientos veintiocho y 62/100 Nuevos Soles), los cuales empezarán a computarse desde la fecha de presentación de la solicitud de arbitraje.

EN RELACIÓN AL CUARTO PUNTO CONTROVERTIDO

Determinar si corresponde o no reconocer y ordenar que la Municipalidad Distrital de Alto Selva Alegre pague a favor de la Consultora E Inmobiliaria Volcán S.A. CIVSA una Indemnización de Daños y Perjuicios ascendente a la suma de S/. 50,000.00 (Cincuenta Mil y 00/100 Nuevos Soles).

El presente punto controvertido busca determinar si corresponde o no ordenar a la Municipalidad Distrital de Alto Selva Alegre, que cancele la suma de S/. 50,000.00 (Cincuenta Mil y 00/100 nuevos soles), a favor de Consultora E Inmobiliaria Volcán S.A., por concepto de Indemnización por daños y perjuicios.

Al respecto, tenemos que en su escrito de demanda, el Supervisor indica que se le habría ocasionado daños y perjuicios; sin embargo, de la revisión de la documentación que obra como medios probatorios del escrito de demanda, se aprecia que el Supervisor no ha indicado de forma expresa en qué consistiría el daño causado por parte de la Entidad, ni tampoco ha adjuntado los medios probatorio que acrediten el daño.

Ahora bien, ¿Cuál es la importancia de precisar este supuesto daño causado?, pues este Árbitro Único considera que no es suficiente con indicar que la Entidad habría generado un daño irreparable. Es necesario que el Supervisor hubiese precisado cómo se materializaba este daño mencionado, ello es importante para conocer la forma y el criterio usado para llevar a cabo el cálculo de la indemnización que se está solicitando.

La responsabilidad contractual, como instrumento para el desplazamiento del patrimonio de un sujeto hacia otro al verificarse un hecho dañoso, requiere del cumplimiento de tres presupuestos; a saber: (i) que la conducta califique como antijurídica, (ii) que el daño sea imputable, y (iii) que las consecuencias de los hechos generen daño.

En este sentido, Jordana Fraga¹² señala que:

"(...) (dentro de) la responsabilidad contractual, es tradicional efectuar, a los efectos de su estudio, la siguiente tripartición: a) los supuestos del incumplimiento (...) b) Las reglas o el juicio de responsabilidad, a lo que también se llama (...) imputación del incumplimiento (...), se establece si la infracción del deudor (...) es o no susceptible de originar consecuencias (y) c) Las consecuencias del incumplimiento (calificado en virtud del juicio de responsabilidad como idóneo a generarlas, es decir, "imputable") (...)."

Así, los elementos que conforman la responsabilidad contractual son: (i) la existencia de un comportamiento dañoso o acto ilícito propiciado mediante un acto de imputación personal denominado culpabilidad (o dolo); (ii) la producción efectiva de un daño; y (iii) la posibilidad de establecer una relación causal adecuada entre el hecho dañoso y el daño causado.

Respecto al primer elemento, es decir, si existe un comportamiento dañoso o acto ilícito propiciado mediante un acto de imputación personal denominado culpabilidad por parte de la Entidad; el comportamiento dañoso invocado por Consultora E Inmobiliaria Volcán S.A., sería que la negligencia de la Entidad conllevó a que el contrato materia de Litis continúe vigente pese a que el contrato de ejecución de obra, directamente vinculado al contrato de supervisión haya concluido; razón por la cual no se le habría otorgado la conformidad del servicio, esto último generó (según afirma la consultora) la no acreditación de experiencia para participar en procesos de selección de consultoría.

Que, sin embargo, respecto a la producción efectiva del daño causado con esta falta de diligencia, el Supervisor no ha señalado en su escrito de demanda, en la documentación alcanzada, ni en la Audiencia de Informes Orales, qué clase de daño real sufrió.

Asimismo, de la revisión de la documentación presentada por el Supervisor, no se aprecia el cálculo llevado a cabo, que arrojaría la suma de S/. 50,000.00 (Cincuenta Mil y 00/100 nuevos soles) como monto de indemnización, ello se debe, a que el

¹² **JORDANO FRAGA**, Francisco. *"La Responsabilidad Contractual"*. Editorial Civitas. Madrid, 1987. pág. 35-36.

Dra. Karina Zambrano Blanco

daño invocado no ha sido debidamente acreditado por contratista. En vista de ello, no es posible que se le reconozca monto alguno por indemnización por daños y perjuicios a Consultora E Inmobiliaria Volcán S.A.

En consecuencia, corresponde que este Árbitro Único declare INFUNDADO el cuarto punto controvertido derivado de la cuarta pretensión de la demanda, por las razones expuestas en los párrafos precedentes.

EN RELACIÓN AL QUINTO PUNTO CONTROVERTIDO

Determinar a quién le corresponde el pago de las costas y costos derivados del presente arbitraje.

Sobre este punto, cabe indicar que el artículo 70º del Decreto Legislativo N° 1071, Ley de Arbitraje, establece que: *"El tribunal arbitral fijará en el laudo los costos del arbitraje. Los costos del arbitraje comprenden: a) Los honorarios y gastos del tribunal arbitral; b) Los honorarios y gastos del secretario; c) Los gastos administrativos de la institución arbitral; d) Los honorarios y gastos de los peritos o de cualquier otra asistencia requerida por el tribunal arbitral; e) Los gastos razonables incurridos por las partes para su defensa en el arbitraje; f) Los demás gastos razonables originados en las actuaciones arbitrales".*

En ese sentido, se aprecia que los conceptos solicitados por el Supervisor establecidos en la quinta pretensión de la demanda, corresponden a los costos que se han incurrido por la tramitación del presente arbitraje; con lo que, este Árbitro Único procederá a emitir un único pronunciamiento respecto a las costas y costos que han derivado por las actuaciones efectuadas en el presente arbitraje.

Así, es necesario recordar que el numeral 1) del artículo 72º del Decreto Legislativo N° 1071, Ley de Arbitraje, dispone que los árbitros se pronunciarán en el laudo arbitral sobre los costos indicados en su artículo 70º. Asimismo, el numeral 1) del artículo 73º de la citada ley 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

prorratar estos costos entre las partes, si estiman que el prorrato es razonable, teniendo en cuenta las circunstancias del caso.

Es el caso que en el convenio arbitral contenido en el Contrato, las partes no han establecido pacto alguno acerca de los costos y costas del proceso arbitral; por lo que, corresponde que el Árbitro Único se pronuncie sobre este tema de manera discrecional y apelando a su debida prudencia.

En tal sentido, considerando el resultado del arbitraje, el cual desde el punto de vista de este Árbitro Único puede afirmarse que no 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, corresponde disponer que ambas partes asuman los costos y costas derivados del proceso arbitral en partes iguales. Precisándose que los gastos arbitrales derivados de la defensa y patrocinio de abogados y representantes de cada parte deben ser asumidos por éstas de manera exclusiva e independiente.

En el presente proceso arbitral se realizaron el pago de los gastos arbitrales por concepto de Instalación y reliquidación adicional de honorarios por reconvención, cuyos montos fueron establecidos en la resolución N° 07; ambas partes cancelaron los honorarios fijados en el Acta de Instalación.

Por otro lado, únicamente la Municipalidad canceló los honorarios a su cargo fijados gastos arbitrales por concepto reliquidación adicional de honorarios por reconvención; no obstante ello la Entidad no canceló los honorarios facultados mediante resolución N° 10, razón por la cual se archivó la referida reconvención.

Por lo tanto, este Árbitro Único resuelve que cada parte asuma los costos y costas derivados del proceso arbitral. Precisándose que los gastos arbitrales derivados de la defensa y patrocinio de abogados y representantes de cada parte deben ser asumidos por éstas de manera exclusiva e independiente.

IV. DECISIÓN DEL ÁRBITRO ÚNICO:

PRIMERO.- DECLÁRESE FUNDADO el primer punto controvertido correspondiente a la primera pretensión principal; en consecuencia, **ORDÉNESE** a la Municipalidad Distrital de Alto Selva Alegre el reconocimiento y pago de la suma ascendente a S/. 28,228.62 (Veintiocho mil doscientos veintiocho y 62/100 Nuevos

Dra. Karina Zambrano Blanco

Soles), correspondientes al saldo de la Liquidación Final del Contrato de Servicios de Consultoría N° 220-2010-SGAL/MDASA.

SEGUNDO.- DECLÁRESE FUNDADO EN PARTE el segundo punto controvertido derivado de la segunda pretensión principal; en consecuencia, **ORDÉNESE** a la Municipalidad Distrital de Alto Selva Alegre el reconocimiento y pago de la suma ascendente a S/. 17,281.12 (diecisiete mil doscientos ochenta y uno con 12/100 nuevos soles), correspondientes a las mayores prestaciones adicionales efectuadas por el demandante en la ejecución del Contrato N° 220-2010-SGAL/MDASA por constituir enriquecimiento sin causa.

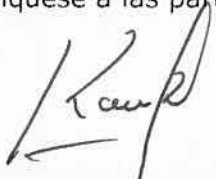
TERCERO.- DECLÁRESE FUNDADO el tercer punto controvertido derivado de la tercera pretensión principal; consecuentemente, **ORDÉNESE** a la Municipalidad Distrital de Alto Selva Alegre el reconocimiento y pago de intereses legales en base a la suma de la suma S/. 28,228.62 (Veintiocho mil doscientos veintiocho y 62/100 Nuevos Soles), los cuales empezarán a computarse desde la fecha de presentación de la solicitud de arbitraje.

CUARTO.- DECLÁRESE INFUNDADO el cuarto punto controvertido derivado de la cuarta pretensión de la demanda, por las razones expuestas en los extremos considerativos del presente laudo.

QUINTO.- DISPÓNGASE en relación a los gastos arbitrales contenidos en la quinta pretensión principal formulada por Consultora e Inmobiliaria Volcan - CIVSA en su escrito de demanda, que las partes asuman en proporciones iguales los gastos arbitrales, las costas y costos generados por la tramitación del presente proceso arbitral.

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

Notifíquese a las partes.



KARINA ZAMBRANO BLANCO
Árbitro Único



ANDREE VILLENA MATTA
Secretario Arbitral