

EXPEDIENTE ARBITRAL N° I208-2015

DEMANDANTE	Consortio Vasmer Cads Plurimarkets, en adelante el CONSORCIO , el CONTRATISTA , el DEMANDANTE .
DEMANDADO	Red Asistencia Sabogal del Seguro Social de Salud - ESSALUD, en adelante la ENTIDAD , la DEMANDADA .
ARBITRO ÚNICO	Gustavo Adolfo De Vinatea Bellatín.
SECRETARIO ARBITRAL	Nicanor Milton Gómez Zúñiga.
CONTRATO	Derivado de la Adjudicación Directa Pública N° 1105C00281, para la ejecución de la obra: "Mejoramiento del servicio de emergencia pediátrica del Hospital IV Alberto Sabogal Sologuren – Red Asistencial Sabogal".

LAUDO ARBITRAL DE DERECHO

Resolución N° 28

Lima, 05 de diciembre de 2017

VISTOS:

I. ANTECEDENTES DEL PROCESO ARBITRAL

CONTRATO

Con fecha 15 de diciembre de 2011, el CONSORCIO y LA ENTIDAD suscribieron el Contrato derivado de la Adjudicación Directa Pública N° 1105C00281, para la ejecución de la obra: "Mejoramiento del servicio de emergencia pediátrica del Hospital IV Alberto Sabogal Sologuren – Red Asistencial Sabogal".

CONVENIO ARBITRAL

La cláusula Décimo Novena del Contrato establece expresamente lo siguiente:

"Cláusula Décimo Novena: Solución de Controversias

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°, 177°, 199°, 201°, 209°, 210° y 211° del Reglamento o, en su defecto, en el artículo 52° de la Ley.

En caso que el arbitraje sea iniciado por EL CONTRATISTA, la notificación de la solicitud de arbitraje será realizada a la Gerencia General de la ENTIDAD, la misma que deberá presentarse en Trámite Documentario (ventanillas de la 1 a la 4), sito en Jr. Domingo Cueto N° 120 – Jesús María, con copia a la Oficina Central de Asesoría Jurídica y al órgano con el que se suscribió el contrato, conforme al procedimiento señalado en el artículo 214° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

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

II. INSTALACIÓN Y APERTURA DEL PROCESO

AUDIENCIA DE INSTALACIÓN:

1. El 15 de mayo de 2015, con la presencia del Árbitro Único y de la Dra. Katherine Quiroz Acosta, en representación de la Dirección de Arbitraje Administrativo del OSCE, así como de la señora Rossana Gamarra Vásquez en representación del Consorcio y de la Dra. Lisseth Palomino Cáceres en representación de la Entidad, se procedió a llevar a cabo la Audiencia de Instalación, en el que "las partes" con anuencia del Árbitro Único, acuerdan someter al presente proceso las controversias derivadas de la Adjudicación Directa Pública N° 1105C00281, para la ejecución de la obra: "Mejoramiento del servicio de emergencia pediátrica del Hospital IV Alberto Sabogal Sologuren – Red Asistencial Sabogal".
2. En los numerales 24 y 25 del Acta de Instalación del Árbitro Único, se otorgó a cada parte un plazo de quince (15) días, a fin de que el Consorcio presente su demanda arbitral y la Entidad conteste la demanda arbitral; y que cada parte al momento de ofrecer sus medios probatorios deberá identificarlos con claridad, así como señalar el número que le corresponde a cada uno de ellos a fin de facilitar su ubicación y la relación de éstos con los argumentos que se expongan.

MARCO LEGAL APLICABLE PARA RESOLVER LA CONTROVERSIA

En el numeral 8 del Acta de Instalación del Árbitro Único, se estableció que el arbitraje se regirá de acuerdo a las reglas establecidas por las partes en el Acta de Instalación, la Ley de Contrataciones del Estado, el Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado y las Directivas aprobadas por el OSCE. Supletoriamente regirán las normas procesales contenidas en el Decreto Legislativo N° 1071, que norma el arbitraje; en caso de insuficiencia en las reglas establecidas, el Árbitro Único, resolverá en forma definitiva del modo que considere apropiado mediante la aplicación de principios generales del derecho, respetando el principio de legalidad y resguardando el derecho constitucional al debido proceso y el derecho de defensa de las partes.

III. DEMANDA ARBITRAL POR EL CONSORCIO

Con escrito de fecha 04 de junio de 2015, el Consorcio presenta su demanda, con las pretensiones y fundamentos que allí aparecen y que buscan esclarecer los hechos en controversia:

Pretensiones:

Primera Pretensión Principal.

Que, el Árbitro Único declare que la Liquidación Final de Contrato de Obra elaborada por el Contratista ha quedado consentida y, en consecuencia, ordene a la Entidad pagar a favor del Contratista el saldo de esta liquidación que asciende a la suma de S/. 692,088.37, incluido IGV, más los intereses legales hasta la fecha efectiva de pago.

Segunda Pretensión Principal

Que, el Árbitro Único ordene a la Entidad asumir las costas y costos del presente proceso arbitral.

Antecedentes:

- a. Las partes suscribieron el Contrato denominado "Mejoramiento del Servicio de Emergencia Pediátrica del Hospital IV Alberto Sabogal Sologuren – Red Asistencial Sabogal" el 15 de diciembre de 2011.
- b. Con fecha 28 de abril de 2014, se notificó al Contratista el Laudo Arbitral de Derecho del Expediente Arbitral N° A006-2013 por el proceso seguido por el

Consorcio Vasmer Cads – Plurimarkets contra la Red Asistencia Sabogal del Seguro Social de Salud- EsSalud.

- c. Con fecha 18 de junio de 2014 se le notificó al Contratista la Resolución N° 32 sobre la Interpretación e Integración del Laudo Arbitral de Derecho del Expediente Arbitral N° A006-2013.
- d. Mediante Carta N° 001-2014-CVP, presentada ante la Entidad con fecha 04 de agosto de 2014, el Contratista presentó su Liquidación Final de Contrato.
- e. Mediante Carta N° 012-2014-CVP el Contratista comunicó a la Entidad que la Liquidación Final de Contrato ha quedado consentida y solicitaba el pago correspondiente del saldo de la misma.

Fundamentos que sustentan las pretensiones:

Respecto a la Primera Pretensión Principal:

1. Que, el artículo 211⁰¹ del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado establece el procedimiento a seguir referente a la Liquidación del Contrato de Obra.
2. Que, se llevó a cabo un proceso arbitral anterior referido a las mismas partes y al mismo contrato, en el que el árbitro único resolvió definitivamente entre otras controversias, respecto de la controversia referida a la Resolución de Contrato declaró resuelto en su totalidad, dando por concluido éste y la obra totalmente terminada, decisión que quedó plasmada en el laudo arbitral de Derecho, conforme es de verse en los puntos Segundo, Tercero y Cuarto del Laudo, que se complementó mediante Resolución N° 32 sobre la Interpretación e Integración del mismo laudo, que fuera notificada al Contratista el día 18 de junio de 2014, por lo que, a partir de esa fecha, el Contratista debía proceder con la liquidación final del contrato.
3. Contando los sesenta (60) días calendario que fija el Reglamento, el Contratista tenía como plazo para elaborar su liquidación y presentarla ante la Entidad hasta el día 17 de agosto de 2014; es así que, cumplió con presentar su liquidación con fecha 04 de agosto del 2014, mediante Carta N° 001-2014-CVP, resultando un saldo de S/. 692,088.37, incluido IGV, a su favor.

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

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

4. Que, la Entidad también contaba con 60 días calendario para pronunciarse respecto de la liquidación presentada por el Contratista, ya sea observándola o elaborando otra. Este plazo vencía el 03 de octubre de 2014, pero transcurrido este plazo la Entidad no se pronunció de ningún modo sobre la liquidación elaborada por el Contratista, quedando por consiguiente la Liquidación practicada por el Contratista consentida por la ENTIDAD.
5. Es por ello que, con fecha 10 de octubre de 2014 el Contratista remitió a la Entidad la Carta N° 012-2014-CVP, en la que le manifestó que, habiendo vencido el plazo establecido en el artículo 211° RLCE sin que emita ningún pronunciamiento sobre la liquidación presentada, su liquidación ha quedado consentida, por lo que le solicitó el pago resultante a su favor de dicha liquidación que asciende a S/. 692,088.37, incluido IGV.
6. Que, se plasma de manera gráfica a través de una línea de tiempo los hechos acontecidos para un mejor entender de la pretensión:



Respecto a la Segunda Pretensión Principal:

7. Que, debido a la inacción, falta de pronunciamiento e incumplimiento constante de la Entidad, el Contratista se vio forzado a iniciar el proceso arbitral con la finalidad de lograr el cobro del saldo de la liquidación final del contrato que legítimamente le corresponde. Para ello, el Contratista ha contraído determinadas obligaciones con terceros y asumir costos no previstos que acarrea afrontar un proceso arbitral.

Medios probatorios de la demanda:

Se admiten los medios probatorios invocados por la Entidad en su escrito de Contestación de demanda, presentado el, detallados en el punto VI. Medios probatorios, signados como:

- a) Copia del Contrato de Consorcio.
- b) Copia del Contrato de Obra "Mejoramiento del Servicio de Emergencia Pediátrica del Hospital IV Alberto Sabogal Sologuren – Red Asistencial Sabogal".
- c) Copia del Laudo Arbitral de Derecho del Expediente Arbitral N° A006-2013.
- d) Resolución N° 32 del Expediente Arbitral N° A006-2013.
- e) Copia de la Carta N° 001-2014-CVP.

- f) Copia de la Carta N° 012-2014-CVP.
- g) Copia de la Solicitud de Conciliación.
- h) Copia del Acta de Conciliación N° 288-14.
- i) Copia de la Opinión del OSCE N°104-2013/DTN.
- j) Copia del Laudo Arbitral en la controversia surgida entre el Ing. Edmar Emilio Quiñones Ávila con la EPS EMAPICA S.A.

IV. CONTESTACION DE LA DEMANDA POR LA ENTIDAD

Con escrito de fecha 09 de julio de 2015, la Entidad contestó la demanda arbitral formulada por el Consorcio, solicitando se declare improcedente o infundada, en los siguientes términos:

Respecto a la primera pretensión principal

1. Que, la liquidación presentada por el demandante no observó las normas de contratación estatal, por tanto esta no genera ningún efecto legal, por lo cual no cabe pronunciamiento alguno por parte de ESSALUD.
2. Para que se esclarezca la presente controversia se debe analizar si la liquidación presentada por el demandante se ajustó o no a las cláusulas establecidas en el Contrato, el Decreto Legislativo N° 1017 que aprueba la Ley de Contrataciones del Estado y el Decreto Supremo N°184-2008 que aprueba su Reglamento, vigentes al momento de la firma del contrato, las normas especiales que rigen el presente contrato y lo dispuesto en el Laudo Arbitral de Derecho, recaído en el proceso arbitral seguido anteriormente entre las partes.
3. Respecto a la inobservancia de las normas en las que incurrió el contratista al presentar su liquidación se precisa lo siguientes:

a. Liquidación Final de cuentas realizada por el Consorcio:

Autorizados

Contractual	Monto S/
Presupuesto Contractual	826,898.06
Presupuesto Adicional de Obra N°01	6,655.58
Presupuesto Adicional de Obra N° 02	3957.19
Reajustes – Presupuesto Contractual	109,942.77
Reajustes - Presupuesto Adicional N°1	119.80
Reajustes - Presupuesto Adicional N°1	138.50
Mayores Gastos Generales 01	5,572.08
Mayores Gastos Generales 02	8,997.47
Mayores Gastos Generales 03	6,205.15
Mayores Gastos Generales 04	8,687.29
Interés de Pago de demora en Pago de Valorizaciones- Presupuesto Contractual	3,893.14
Interés de Pago de demora en Pago de Valorizaciones -	262.87

Presupuesto Adicional de Obra N°01	
Interés de Pago de demora en Pago de Valorizaciones - Presupuesto Adicional de Obra N°02	156.29
Interés de Pago de demora en Pago de Valorizaciones – Mayores Gatos Generales 01,02,03 y 04	1,905.65
Pagos por el costo del arbitraje	28,250.00
Interés por los costos del arbitraje	729.59
Gatos incurrido en la tramitación de la resolución del contrato	865.00
Interés por gastos incurridos en la tramitación de la resolución de contrato	35.52
SUBTOTAL (S/.)	1,013,271.95
IGV 18%	182,388.94
TOTAL	1,195,660.89

Pagados

Contractual	Monto S/
Presupuesto Contractual	315,350.24
Reajustes - Presupuesto Contractual	9,096.58
Subtotal	324,446.82

b. Sobre el reajuste de precios:

El Reajuste aplicado a la diferencia entre el monto del contrato y el monto pagado de las valorizaciones:

Saldo del Monto contractual (sin IGV)

Saldo del Monto contractual. (sin IGV)	Monto S/
Monto contratado	826,898.06
Monto pagado en Valorizaciones	315,350.24
Saldo a pagar por la Entidad	511,547.82

Reajustes de Valorizaciones por Formula Polinómica

Reajuste de Presupuesto Contractual S/ 109,942.77

Al respecto, en el primer párrafo del numeral 2) del artículo 49° del Reglamento, se establece lo siguiente: *“En el caso de contratos de obras pactados en moneda nacional, las Bases establecerán las fórmulas de reajuste. Las valorizaciones que se efectúen a precios originales del contrato y sus ampliaciones serán ajustadas multiplicándolas por el respectivo coeficiente de reajuste “K” que se obtenga de aplicar en la fórmula o fórmulas polinómicas, los Índices Unificados de Precios de la Construcción que publica el Instituto Nacional de Estadística e Informática - INEI, correspondiente al mes en que debe ser pagada la valorización.”*

Ahora bien, el artículo 211° del Reglamento de la Ley Contrataciones del Estado, en lo que respecta a la liquidación final de obra, señala que esta se practicará *“(…) bajo el sistema de suma alzada la liquidación se*

practicará con los precios, gastos generales y utilidad del valor referencial, afectados por el factor de relación”.

En este sentido, el saldo del monto contractual en la liquidación, no es considerado como valorización, principalmente porque no se puede correlacionar con el calendario programado de obra, el mismo que determina el reintegro máximo a pagar al contratista, como consecuencia de ello no corresponde aplicar el reajuste por formula polinómicas.

Es decir, estando a lo dispuesto por los artículos precitados, al CONSORCIO no le corresponde un reajuste del saldo por cobrar, en todo caso, sólo le correspondería dicho reajuste si en su momento hubiera presentado su valorización por dicho saldo, lo cual no ocurrió.

c. Sobre mayores gastos generales

El contratista solicita Mayores Gastos Generales de acuerdo al siguiente detalle (montos sin IGV):

Ampliaciones de plazo	Monto S/
Ampliación de Plazo N° 01	5,572.08
Ampliación de Plazo N° 02	8,997.47
Ampliación de Plazo N° 03	6,205.15
Ampliación de Plazo N° 01	8,687.29
Total de Mayores Gastos Generales	29,461.99

El procedimiento para el pago de los Gastos Generales por ampliación de plazo se encuentra regulado en el artículo 204° Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, el cual establece que para los pagos de los Gastos Generales se formulará una valorización que será presentada por el residente al inspector o supervisor, quien en un plazo de cinco (5) días calendario la elevará a la Entidad, con las correcciones a las que hubiera lugar, para su revisión y aprobación.

Sin embargo, en cuanto a la solicitud de pago de Mayores Gastos Generales, por las ampliaciones de plazo N° 01, 02 y 03, el contratista no ha seguido el procedimiento establecido en el artículo 203° del Reglamento de la Ley de Contrataciones, asimismo, ha incumplido con lo señalado en el artículo 202° del referido Reglamento, al momento de presentar su liquidación, al no haber cumplido con acreditar debidamente sus mayores gastos generales, de tal manera que no le genera ningún efecto legal por lo que no cabía pronunciamiento por parte de la Entidad.

d. Interés por demora en el pago de Valorizaciones y Mayores Gastos Generales

Por este concepto, el contratista solicita la suma de S/. 6,217.95, por intereses en la demora de pago de valorizaciones del contrato principal y valorizaciones de los adicionales de obra, asimismo por la demora en el pago de mayores gastos generales.

Al respecto el último párrafo artículo 197º del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, señala que corresponde el pago de intereses a partir del vencimiento del plazo establecido para el pago de valorizaciones, en ese contexto, el contratista presentó una sola valorización, la misma que tuvo un retraso de 32 días de mora, correspondiendo un interés legal de S/ 688.02 (Seiscientos Ochenta y Ocho y 02/100 Soles).

El contratista no ha presentado, valorizaciones por mayores gastos generales y adicionales de obra por lo tanto no existía la obligación de la entidad de cumplir con los pagos requeridos.

En consecuencia la entidad sólo reconoce la suma de **S/ 672.91, inc. IGV**, por interés legal a causa de la demora del pago de la primera valorización.

e. Costos y costas del proceso arbitral.

Mediante resolución N° 32, notificada a ESSALUD el 19 de junio de 2014, se puso de conocimiento la Interpretación e Integración del Laudo Arbitral de Derecho, la cual el Árbitro Único determina que ESSALUD deberá reintegrar al Consorcio VASMER CADS – PLURIMARKETS la cantidad de S/ 28,250.00 (Veintiocho mil doscientos cincuenta y 00/100 Nuevos Soles), más los intereses legales que se generan, desde la fecha que se efectuaron dichos pagos.

Posteriormente, el contratista considera en su liquidación final lo siguiente:

Arbitraje	Monto S/
Costos de Arbitraje	28,250.00
Intereses por Costo de Arbitraje	729.59
Gastos tramitación resolución de contrato	865.00
Intereses de Gastos tramitación resolución de contrato	35.52
Total de costos y costas más interés legal	29,880.11

Cabe precisar que, a este monto, el contratista le ha agregado el 18% del IGV por lo que da un total de S/. 35,258.53 (Treinta y cinco mil doscientos cincuenta y ocho Nuevos Soles).

De lo expuesto, se advierte claramente que la liquidación presentada por Vasmer Cads Plurimarket's, no genera ningún efecto legal por no haber sido presentada dentro de marco normativo que regula el Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

Respecto a la Segunda Pretensión Principal:

4. En vista de que la demanda resulta abiertamente improcedente y/o infundada, se solicita que se condene al Consorcio al pago de las costas y costos que ha generado el presente proceso arbitral.

Medios probatorios de la contestación de la demanda:

Los medios probatorios invocados por el Contratista en su escrito de demanda.

V. RECONVENCION DE DEMANDA POR LA ENTIDAD

Con escrito de fecha 09 de julio de 2015, la Entidad presenta reconvención a la demanda, con las pretensiones y fundamentos que allí aparecen y que buscan esclarecer los hechos en controversia:

Pretensiones:

Primera Pretensión Principal:

Declarar la nulidad del consentimiento de la liquidación final de obra presentada por Consorcio Vasmer Cads Plurimarket's por vulnerar el ordenamiento jurídico.

Primera pretensión subordinada a la primera pretensión principal:

Se declare la nulidad del consentimiento de la liquidación por abuso de derecho por parte del contratista.

Segunda pretensión subordinada a la primera pretensión principal:

Se ordene a la demandante el pago a favor de la entidad de la suma de S/. 195,672.93 (ciento noventa y cinco mil seiscientos setenta y dos y 93/100) nuevos soles por el concepto de enriquecimiento sin causa.

Segunda pretensión principal

Se otorgue a favor de ESSALUD una indemnización por daños y perjuicios más los intereses legales hasta la fecha de pago.

Fundamentos de hecho:

Respecto de la Primera Pretensión Principal:

1. Que, de los actuados se advierte que en la liquidación final presentada por CONSORCIO ha considerado partidas que previamente deberían haber sido presentadas a ESSALUD para poder ser consideradas en la liquidación final, toda vez que tienen un procedimiento administrativo regulado por la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento, asimismo, se ha incluido los costos arbitrales que no constituyen costo del proceso de obra; por lo cual queda en evidencia que el demandante actuando de mala fe e intenta sorprender en perjuicio de ESSALUD.
2. Cabe señalar que el demandante ha considerado la fórmula de reajuste al saldo pendiente de pago, cuando el Reglamento es claro en precisar que este reajuste solo es aplicado a las valorizaciones. Asimismo, considera el reajuste a valorizaciones de gastos generales y adicionales de obra que nunca ha presentado a la Entidad, y peor aún, ha considerado en la liquidación final de obra los costos arbitrales contraviniendo en estricto sensu lo que se considera como el costo total de obra, vulnerando la normativa vigente con la única intención de perjudicar a ESSALUD.

Respecto de la Primera pretensión subordinada a la primera pretensión principal:

3. Sin perjuicio de la primera pretensión y en caso no se considere al consentimiento de la liquidación como un acto administrativo sino más bien como un acto contractual, cabe preguntarse si la acción de presentar la liquidación contraviniendo las normas que regulan el contrato administrativo genera derecho, y si fuera si la Ley ampara el ejercicio abusivo de un derecho.
4. Que, el derecho del contratista era la presentación de su liquidación para el pago final de la obra que había realizado, ejerciéndolo abusivamente al presentar una liquidación considerando partidas que la entidad no ha aprobado e incluyendo como gastos generales un monto inaudito que supera el monto contractual sin sustento alguno, como lo indica el Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

Respecto de la segunda pretensión subordinada a la primera pretensión principal:

5. La acción por enriquecimiento sin causa reconocida por el Código Civil en el artículo 1954 constituye un *"mecanismo de tutela para aquel que se ha visto perjudicado por el desplazamiento de todo o parte de su patrimonio en beneficio de otro. El primero, será el actor o sujeto tutelado y, el segundo, el demandado o sujeto responsable (...)".*²

² PAREDES CARRANZA, Milagros. La inexistencia de contrato y la acción por enriquecimiento sin causa, JUS Doctrina & Práctica 7/2008, Lima: Editora Jurídica Grijley, Pág. 485.

6. Ahora bien, para que se configure un enriquecimiento sin causa y, por ende, pueda ejercitarse la respectiva acción, es necesario que se verifiquen las siguientes condiciones: "a) el enriquecimiento del sujeto demandado y el empobrecimiento del actor; b) la existencia de un nexo de conexión entre ambos eventos; y c) la falta de una causa que justifique el enriquecimiento."³
7. Así, para que en el marco de las contrataciones del Estado se verifique un enriquecimiento sin causa es necesario, en este caso, ver que: (i) el Proveedor se haya enriquecido y el Entidad se haya empobrecido; (ii) que exista conexión entre el enriquecimiento del Proveedor y el empobrecimiento de la Entidad, 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 el cobro de partidas sin mediar la respectiva autorización.
8. De los hechos expuestos en la primera pretensión principal y en la primera pretensión subordinada, se advierte que el demandante se ha enriquecido sin causa alguna a costa de la Entidad al incluir en su liquidación partidas que no han tenido previa autorización; debiendo indemnizarse al ESSALUD por la suma de S/ 195,672.93 (Ciento noventa y cinco mil seiscientos setenta y dos y 93/100 Nuevos Soles), conforme se detalla.

Descripción	Monto S/
Reajustes – Presupuesto Contractual	109,942.77
Intereses al Reajustes – Presupuesto Contractual	3893.14
Mayores Gastos Generales 01	5,572.08
Mayores Gastos Generales 02	8,997.47
Mayores Gastos Generales 03	6,205.15
Interés de Mayores Gastos Generales 01, 02, 03	1,334.00
Pagos por el costo del arbitraje	28,250.00
Interés por los costos del arbitraje	729.59
Gastos incurrido en la tramitación de la resolución del contrato	865.00
Interés por gastos incurridos en la tramitación de la resolución de contrato	35.52
SUBTOTAL	165,824.72
IGV 18%	29,848.44
TOTAL	195,673.16

Respecto de la Segunda pretensión principal

9. Que, al declararse fundada la primera pretensión, se ordene pagar a la parte demandante por daño emergente futuro, entendiéndose como el daño que efectivamente será causado, sustentada en el artículo 1969º del Código Civil,

³ Ídem, Pág. 485.

a favor de ESSALUD por generar un egreso a la entidad pública en los gastos del presente proceso arbitral, suma que será determinada con posterioridad.

Medios probatorios y anexos:

Se remite a los medios probatorios ofrecidos en el escrito de contestación de la demanda arbitral.

VI. CONTESTACION DE LA RECONVENCIÓN POR EL CONSORCIO

Con escrito de fecha 06 de agosto de 2015, el Consorcio contesta la reconvención a la demanda, con los fundamentos que buscan esclarecer los hechos en controversia.

Respecto a la primera pretensión principal:

1. Que, la Entidad tuvo la oportunidad dentro del plazo legal y expresamente establecido en el artículo 211° del Reglamento de la Ley de Contrataciones con el Estado, expresar su pronunciamiento respecto a la liquidación presentada por el Contratista y que al dejar de vencer el plazo está quedó aprobado y consentido de pleno derecho en todos sus extremos.

Respecto a la primera pretensión subordinada a la primera pretensión principal:

2. Que, el Contratista en todos los extremos sobre el consentimiento de la liquidación final del contrato de obra, al no haberse pronunciado la Entidad dentro del plazo establecido.

Respecto a la segunda pretensión subordinada a la primera pretensión principal:

3. Que la Entidad aduce una serie de artificios y astucia irresponsable pretender sorprender al Colegiado, cuando sin reconocer el grave daño que está causando al Contratista al no pagar por la obra que le contrató, la cual se encuentra concluida y entregada dentro del plazo establecido y que la Entidad viene usufructuando de una obra que no ha cumplido con cancelar perjudicando gravemente al Contratista.

Respecto a la segunda pretensión principal:

4. Que, quedan desvirtuadas las pretensiones demandadas por la Entidad en todos sus extremos.

Medios probatorios:

Que, ofrecemos como medios probatorios el mérito de las copias de los siguientes documentos:

1. Panel fotográfico que demuestran que la obra ejecutada se encuentra concluida.
2. La demanda con todos sus recaudos.

VII. ACUMULACION DE PRETENSIONES POR EL CONSORCIO

Con escrito de fecha 27 de octubre de 2015, el Consorcio solicita acumulación de pretensiones, el cual se corrió traslado a la Entidad con Resolución N° 09 de fecha 28 de octubre de 2015.

Con escrito de fecha 17 de diciembre de 2015, el Consorcio presenta la demanda de acumulación de pretensiones, con la pretensión y los fundamentos que buscan esclarecer los hechos en controversia.

Pretensión:

Que, el Arbitro Único declare el reconocimiento y pago de los daños y perjuicios generados por el incumplimiento de la Entidad en sus obligaciones contractuales, en perjuicio del Consorcio VASMER CADS - PLURIMARKET'S.

Fundamentos de hecho:

1. Que, al haber quedado consentida la Liquidación Final de contrato correspondía a la Entidad, efectuar de forma inmediata el pago del saldo resultante a su favor, teniendo en consideración no solo el tiempo transcurrido por todo el primer proceso arbitral al que el contratista se vio obligado a iniciar ante el incumplimiento de la Entidad.
2. Que, el contratista se vio en la imperiosa necesidad de ejecutar aceleradamente las obras a solicitud de la Entidad, dado los gravísimos problemas sociales que existían en el Área de Emergencia Pediátrica, ya que los pacientes menores (niños) estaban hacinados, prueba de ello es que, inmediatamente de haberse culminado la ejecución de las obras, las nuevas instalaciones se pusieron al servicio de los usuarios, como consta en las Placas Recordatorias colocadas y develadas.
3. Que, todo el tiempo transcurrido hasta la fecha sin que el contratista pueda hacer cobro de la inversión efectuada, menos aún del saldo de la liquidación de contrato, hicieron que el contratista se vea afectado seriamente al verse desfinanciado, por lo que se vio en la necesidad de solicitar un pagaré por el importe de S/ 439,096.50 Nuevos Soles para afrontar la situación adversa que se había producido, lo que generó altísimos costos de intereses y todo esto por única y absoluta responsabilidad de la Entidad, al haber incumplido con sus obligaciones contractuales y legales derivadas del laudo arbitral.

4. Que, si el contratista hubiera podido disponer del saldo resultante de la Liquidación Final de Contrato y lo hubiera constituido en un depósito bancario a 360 días, el contratista pudo obtener una rentabilidad de S/ 40,676.23 Nuevos Soles, ante la actitud de la Entidad de persistir en su incumplimiento de cumplir con sus obligaciones de pago, generó un perjuicio al contratista.
5. Por lo que se solicita se ordene el reconocimiento y pago de la indemnización por daños y perjuicios conforme a los cálculos presentados, que asciende a un total de S/. 61,625.75 Nuevos Soles.

Medios probatorios y anexos:

Que, se ofrece como medios probatorios el mérito de las copias de los siguientes documentos:

- 1) Calculo de Intereses por depósito bancario a Plazo Fijo, dejados de percibir.
- 2) Calculo de interés asumidos por Pagaré Bancario.
- 3) Pagaré otorgado por el Banco de Crédito del Perú a Favor del Contratista.
- 4) Liquidación de las amortizaciones del pagaré que el contratista ha venido efectuando.
- 5) Panel fotográfico de Placas Recordatorias colocadas y develadas y servicios en funcionamiento.

VIII. CONTESTACIÓN DE LA ACUMULACION DE PRETENSIONES POR LA ENTIDAD.

Con escrito de fecha 19 de enero de 2016, la Entidad contesta la demanda de acumulación de pretensiones se opone y contradice lo alegado por el Contratista, con los fundamentos que allí aparecen y que buscan esclarecer los hechos en controversia:

Fundamentos de hecho:

1. Que, como consecuencia del laudo arbitral el Consorcio presentó una liquidación de obra, la misma que pretende sea declarada consentida al amparo del Artículo 211° del Reglamento de la Ley de Contrataciones con el Estado.
2. Que, posterior a la presentación de la Demanda el Consorcio parece haberse percatado que asumió con recursos propios el pago a los proveedores de los materiales y equipos para la obra, así como las planillas de los trabajadores, hecho que queda evidenciado con la propia valorización N° 02 y que al haber podido cobrar su inversión efectuada solicitó un pagaré de S/ 439,096.50 nuevos soles.

3. Que, el Consorcio solicita una indemnización de daños y perjuicios de S/. 61,625.75 Nuevos Soles, consistente en probable rentabilidad que le hubiera generado un depósito bancario y por los intereses pagados por el pagaré.
4. Que, el préstamo que hace referencia el Consorcio se realizó el 23 de agosto de 2013, casi 10 meses después de realizarse la constatación física de la obra, por lo tanto es ilógico señalar que el dinero del pagaré del 23 de agosto de 2013, haya sido utilizado en la obra que finalizó el 13 de noviembre de 2012, tampoco se acredita que dicho pagaré haya sido solicitado para el pago de algún préstamo que se realizó para ejecutar la obra.
5. Que, asimismo respecto al pago de S/ 40,676.23 por el probable interés bancario, no solo es contrario a lo regulado en la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento, sino contradictorio con su pretensión principal de la demanda, en el que solicita el pago de intereses legales.

IX. OBJECION DE LA ENTIDAD A LA ACUMULACIÓN DE NUEVA PRETENSIÓN REALIZADA POR EL CONTRATISTA

Con escrito de fecha 27 de octubre de 2015, el CONTRATISTA solicitó la acumulación de nueva pretensión referida a lo siguiente: *“Que se ordene el reconocimiento y pago de los daños y perjuicios generados por el incumplimiento de la ENTIDAD en sus obligaciones contractuales, en perjuicio del Consorcio VASMER CADS – PUBLIMARKET’S.”*

Con Resolución N° 09 de fecha 28 de octubre de 2015 notificada a la ENTIDAD con fecha 04 de noviembre de 2015, se corrió traslado a la ENTIDAD, del pedido de acumulación de nueva pretensión formulado por el CONTRATISTA.

Con escrito de fecha 19 de noviembre de 2015, la ENTIDAD formuló oposición a la acumulación de nueva pretensión de la demanda formulada por el Contratista, argumentando que la nueva pretensión no deriva de nueva controversia, sino de las mismas que ha señalado en su escrito de demanda arbitral, considerando que queda claro que el Consorcio pretende corregir en esta instancia las consecuencias generadas por su actuación negligente.

Con Resolución N° 10 de fecha 23 de noviembre de 2015, notificada a la ENTIDAD el 27 de noviembre de 2015 y al CONTRATISTA el 25 de noviembre de 2015, el Árbitro Único resolvió la oposición a la acumulación de nueva pretensión formulada por el CONTRATISTA, declarándola infundada y disponiendo en consecuencia la acumulación de la nueva pretensión formulada por el CONTRATISTA, otorgándole a éste el plazo de quince (15) días hábiles para que sustente su nueva pretensión.

Con fecha 17 de diciembre de 2015, dentro del plazo concedido, el CONTRATISTA cumplió con presentar su Demanda de Acumulación de Pretensiones, la misma que fue puesta en conocimiento de la ENTIDAD mediante Resolución N° 11 de fecha 21 de diciembre de 2015, que le fue notificada el 30 de diciembre de 2015.

Con escrito de fecha 19 de enero de 2016, la ENTIDAD absolvió el traslado de la demanda de acumulación, ratificándose en su posición de objeción a la acumulación y solicitando que la misma sea declarada improcedente o infundada, respecto a lo cual en la Audiencia de Conciliación y fijación de puntos controvertidos se dispuso que se consideraría al momento de la emisión del Laudo.

X. AUDIENCIA DE CONCILIACION Y PUNTOS CONTROVERTIDOS

Con fecha 10 de mayo de 2016, se llevó a cabo la Audiencia de determinación de Puntos Controvertidos y admisión de medios probatorios. El Árbitro Único procedió a sugerir un acuerdo conciliatorio entre las partes a fin de que puedan resolver sus controversias; sin embargo, ambas partes manifestaron en ese momento, no resultaba posible arribar a una conciliación; no obstante dejaron a salvo la posibilidad de que ello pudiera darse en cualquier estado del proceso arbitral.

El Árbitro Único procedió a declarar saneado el proceso y determinó como puntos controvertidos lo siguiente:

De la demanda y acumulación de la demanda:

1. **Primer punto controvertido (Primera pretensión).**- Determinar si corresponde o no declarar que la Liquidación Final de Contrato de Obra elaborada por el Contratista ha quedado consentida y, en consecuencia, ordenar a la Entidad pagar a favor del Contratista el saldo la liquidación que asciende a la suma de S/. 692,088.37, incluido IGV, más los intereses legales hasta la fecha efectiva de pago.
2. **Segundo punto controvertido (Acumulación).**- Determinar si corresponde o no declarar el reconocimiento y pago de los daños y perjuicios generados por el incumplimiento de la Entidad en sus obligaciones contractuales, en perjuicio del Consorcio Vasmer Cads Plurimarkets.

De la reconvención:

3. **Tercer punto controvertido (Primera pretensión).**- Determinar si corresponde o no declarar la nulidad del consentimiento de la liquidación final de obra presentada por Consorcio Vasmer Cads Plurimarket's por vulnerar el ordenamiento jurídico.
4. **Cuarto punto controvertido (Primera pretensión subordinada a la primera pretensión).**- Determinar si corresponde o no declarar la nulidad del consentimiento de la liquidación por abuso de derecho por parte del contratista.
5. **Quinto punto controvertido (Segunda pretensión subordinada a la primera pretensión).**- Determinar si corresponde o no ordenar a la demandante el pago a favor de la Entidad de la suma de S/ 195,672.93 (Ciento noventa y cinco mil seiscientos setenta y dos y 93/100) soles por el concepto de enriquecimiento sin causa.
6. **Sexto punto controvertido (Segunda pretensión).**- Determinar si corresponde o no ordenar se otorgue a favor de ESSALUD una indemnización por daños y perjuicios más los intereses legales hasta la fecha de pago.
7. **Séptimo punto controvertido.**- Determinar a quién corresponde asumir el pago de costas y costos del proceso arbitral

XI. PERICIA A LA LIQUIDACIÓN DE OBRA

Con escrito de fecha 10 de marzo de 2016 la ENTIDAD solicitó que se realice una pericia sobre la liquidación final de la obra para determinar el monto de la misma, cuyo pedido se corrió traslado al CONTRATISTA mediante Resolución N° 14, no habiéndose pronunciado al respecto el CONTRATISTA.

Con Resolución N° 19 de fecha 05 de agosto de 2016 y notificada a la ENTIDAD, el Árbitro Único solicitó a la ENTIDAD que en el plazo de cinco (05) días hábiles cumpla con determinar con claridad y precisión los puntos sobre los cuales versará el dictamen y el hecho controvertido que se pretende esclarecer con el resultado de la pericia.

Con escrito de fecha 18 de agosto de 2016, la ENTIDAD absolvió el requerimiento realizado por el Árbitro, respecto a los alcances de la pericia, lo cual se corrió traslado al CONTRATISTA mediante Resolución N° 20 de fecha 22 de agosto de 2016 y notificada a aquél con fecha 06 de setiembre de 2016.

Con escrito de fecha 13 de octubre de 2016, el CONTRATISTA absolvió el traslado de la Resolución N° 20, solicitando se rechace la pericia solicitada por la ENTIDAD, lo cual se notificó a la ENTIDAD con Resolución N° 21.

Con Resolución N° 21 de fecha 20 de enero de 2017, notificada a la ENTIDAD el 24 de enero de 2017 y al CONTRATISTA el 24 de enero de 2017, el Árbitro Único requirió tanto a la ENTIDAD como al CONTRATISTA la presentación de toda la documentación correspondiente a la Liquidación Final del Contrato de Obra, lo cual fue cumplido por el CONTRATISTA con escrito de fecha 01 de febrero de 2017 y por la ENTIDAD con escrito de fecha 27 de febrero de 2017, cuyos documentos fueron trasladados para conocimiento de cada contraparte mediante Resolución N° 23 de fecha 27 de febrero de 2017.

Con Resolución N° 24 de fecha 08 de julio de 2017, el Árbitro Único luego de la verificación de documentos remitidos por las partes y de las posiciones expuestas por éstas respecto a la prueba pericial, resolvió declarar improcedente la realización de pericia solicitada por la ENTIDAD, lo cual fue notificado al CONTRATISTA el 11 de julio de 2017 y a la ENTIDAD con fecha 21 de julio de 2017.

XII. ALEGATOS

1. El 17 de agosto de 2017, la Entidad, presentó su escrito de alegatos.
2. El 18 de agosto de 2017, el Contratista presentó su escrito de alegatos.

XIII. AUDIENCIA DE INFORME ORAL

Con fecha 15 de setiembre de 2017, se llevó a cabo la Audiencia de Informes Orales, cerrando la etapa probatoria y fijando plazo para laudar.

XIV. ANÁLISIS DE LAS PRETENSIONES DE LAS PARTES Y DE LA CUESTIÓN CONTROVERTIDA

ANÁLISIS DE LAS PRETENSIONES PRESENTADAS POR LAS PARTES:

14.1 Análisis conjunto del Primer Punto Controvertido, correspondiente a la primera pretensión de la demanda, con el Tercer Punto Controvertido, correspondiente a la Pretensión Principal de la reconvención y con el Cuarto Punto Controvertido, correspondiente a la primera pretensión subordinada a la primera Pretensión de la reconvención.

El Árbitro Único considera que siendo que estos puntos controvertidos están referidos a pretensiones que se encuentran vinculadas entre sí, resulta necesario efectuar el análisis conjunto de los mismos, por lo que los fundamentos que se

exponen a continuación servirán para dilucidar las pretensiones a que se refieren dichos puntos controvertidos:

Primer Punto Controvertido, referido a la Primera Pretensión de la Demanda Arbitral, consistente en:

"Determinar si corresponde o no declarar que la Liquidación Final de Contrato de Obra elaborada por el Contratista ha quedado consentida y, en consecuencia, ordenar a la Entidad pagar a favor del Contratista el saldo la liquidación que asciende a la suma de S/. 692,088.37, incluido IGV, más los intereses legales hasta la fecha efectiva de pago".

Tercer punto controvertido, referido a la Primera pretensión de la reconvencción, consistente en:

"Determinar si corresponde o no declarar la nulidad del consentimiento de la liquidación final de obra presentada por Consorcio Vasmer Cads Plurimarket's por vulnerar el ordenamiento jurídico".

Cuarto punto controvertido, referido a la Primera pretensión subordinada a la primera pretensión de la reconvencción, consistente en:

"Determinar si corresponde o no declarar la nulidad del consentimiento de la liquidación por abuso de derecho por parte del contratista".

POSICIÓN DEL CONTRATISTA:

Que, de lo expuesto por el CONTRATISTA se advierte que el sustento de su primera pretensión se basa en lo siguiente: **i)** Que, con fecha 15 de diciembre de 2011, suscribió con la ENTIDAD un Contrato denominado "Mejoramiento del Servicio de Emergencia Pediátrica del Hospital IV Alberto Sabogal Sologuren – Red Asistencial Sabogal"; **ii)** Que, siguió un proceso arbitral anterior con la ENTIDAD (Expediente Arbitral N° A006-2013), el mismo que culminó con Laudo Arbitral que le fue notificado con fecha 28 de abril de 2014 y por el cual se dispuso declarar resuelto el contrato por responsabilidad de la ENTIDAD; **iii)** Que, con fecha 18 de junio de 2014 se le notificó la Resolución N° 32 sobre la Interpretación e Integración del Laudo Arbitral de Derecho del Expediente Arbitral N° A006-2013, a partir de cuya fecha empezó a correr el plazo para que presente la Liquidación Final de la Obra, plazo que vencía el 17 de agosto de 2014; **iv)** Que, con fecha 04 de agosto de 2017, mediante Carta N° 001-2014-CVP, presentó ante la ENTIDAD, la Liquidación Final de Contrato; **v)** Que, la ENTIDAD tenía hasta el 03 de octubre de 2014 para pronunciarse sobre la liquidación presentada por el CONTRATISTA, sin embargo no lo hizo; **vi)** Que, mediante Carta N° 012-2014-CVP le comunicó a la ENTIDAD que la Liquidación Final de Contrato ha quedado consentida y solicitaba el pago correspondiente del saldo de la misma, por un monto ascendente a S/. 692,088.37 incluido IGV; **vii)** Que, la ENTIDAD tuvo la oportunidad dentro del plazo legal y expresamente establecido en el artículo 211° del Reglamento de la Ley de Contrataciones con el Estado, de expresar su pronunciamiento respecto a la liquidación presentada por el CONTRATISTA y que

al dejar de vencer el plazo está quedó aprobada y consentida de pleno derecho en todos sus extremos.

POSICIÓN DE LA ENTIDAD:

Que, de lo expuesto por la ENTIDAD se advierte que el sustento de su posición respecto a estos puntos controvertidos bajo análisis, se basa en lo siguiente: **i)** Que, la liquidación presentada por el CONTRATISTA no observó las normas de contratación estatal, por lo que no genera ningún efecto legal y por lo cual no cabía pronunciamiento alguno por parte de ESSALUD; **ii)** Que, se debe analizar si la liquidación presentada por el CONTRATISTA se ajustó o no a las cláusulas establecidas en el Contrato, el Decreto Legislativo N° 1017 que aprueba la Ley de Contrataciones del Estado y el Decreto Supremo N°184-2008 que aprueba su Reglamento, vigentes al momento de la firma del contrato, las normas especiales que rigen el presente contrato y lo dispuesto en el Laudo Arbitral de Derecho, recaído en el proceso arbitral seguido anteriormente entre las partes; **iii)** Que, la liquidación final presentada por el CONTRATISTA ha considerado partidas que previamente deberían haber sido presentadas a ESSALUD para poder ser consideradas en la liquidación final, toda vez que tienen un procedimiento administrativo regulado por la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento, asimismo, se ha incluido los costos arbitrales que no constituyen costo del proceso de obra, lo que mala del CONTRATISTA en perjuicio de ESSALUD; **iv)** Que, el CONTRATISTA ha considerado la fórmula de reajuste al saldo pendiente de pago, cuando el Reglamento es claro en precisar que este reajuste sólo es aplicado a las valorizaciones. Asimismo, considera el reajuste a valorizaciones de gastos generales y adicionales de obra que nunca ha presentado a la Entidad, y peor aún, ha considerado en la liquidación final de obra los costos arbitrales contraviniendo en estricto sensu lo que se considera como el costo total de obra, vulnerando la normativa vigente con la única intención de perjudicar a ESSALUD; **v)** Que, en caso no se considere al consentimiento de la liquidación como un acto administrativo sino más bien como un acto contractual, deberá considerarse si la acción de presentar la liquidación contraviniendo las normas que regulan el contrato administrativo genera derecho, y si la Ley ampara el ejercicio abusivo de un derecho; **vi)** Que, el derecho del CONTRATISTA era la presentación de su liquidación para el pago final de la obra que había realizado, ejerciéndolo abusivamente al presentar una liquidación considerando partidas que la ENTIDAD no ha aprobado e incluyendo como gastos generales un monto inaudito que supera el monto contractual sin sustento alguno, como lo indica el Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

POSICIÓN DEL ÁRBITRO:

CONSIDERANDO:

Primero: En este orden de ideas, procedemos a analizar las actuaciones realizadas por las partes, los medios probatorios aportados por aquellas en el

curso del proceso arbitral y la base legal aplicable con relación a la Liquidación del Contrato de Obra:

1.1 Según lo establecido en el Artículo 209⁴ y 211⁵ del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado aprobado por D.S. 184-2008-EF, el procedimiento de

⁴ **"Artículo 209.- Resolución del Contrato de Obras.** La resolución del contrato de obra determina la inmediata paralización de la misma, salvo los casos en que, estrictamente por razones de seguridad o disposiciones reglamentarias de construcción, no sea posible.

La parte que resuelve deberá indicar en su carta de resolución, la fecha y hora para efectuar la constatación física e inventario en el lugar de la obra, con una anticipación no menor de dos (2) días. En esta fecha, las partes se reunirán en presencia de Notario o Juez de Paz, según corresponda, y se levantará un acta. Si alguna de ellas no se presenta, la otra levantará el acta, documento que tendrá pleno efecto legal, debiéndose realizar el inventario respectivo en los almacenes de la obra en presencia del Notario o Juez de Paz, dejándose constancia del hecho en el acta correspondiente, debiendo la Entidad disponer el reinicio de la obra según las alternativas previstas en el artículo 44° de la Ley.

Culminado este acto, la obra queda bajo responsabilidad de la Entidad y se procede a la liquidación, conforme a lo establecido en el artículo 211°. En caso que la resolución sea por incumplimiento del contratista, en la liquidación se consignarán las penalidades que correspondan, las que se harán efectivas conforme a lo dispuesto en los artículos 164° y 165°. En caso que la resolución sea por causa atribuible a la Entidad, ésta reconocerá al contratista, en la liquidación que se practique, el cincuenta por ciento (50%) de la utilidad prevista, calculada sobre el saldo de obra que se deja de ejecutar, actualizado mediante las fórmulas de reajustes hasta la fecha en que se efectuó la resolución del contrato.

Los gastos incurridos en la tramitación de la resolución del contrato, como los notariales, de inventario y otros, son de cargo de la parte que incurrió en la causal de resolución, salvo disposición distinta del laudo arbitral.

En caso de que surgiese alguna controversia sobre la resolución del contrato, cualquiera de las partes podrá recurrir a los mecanismos de solución establecidos en la Ley, el Reglamento o en el contrato, dentro del plazo de diez (10) días hábiles siguientes de la notificación de la resolución, vencido el cual la resolución del contrato habrá quedado consentida.

En caso que, conforme con lo establecido en el tercer párrafo del artículo 44° de la Ley, la Entidad opte por invitar a los postores que participaron en el proceso de selección que dio origen a la ejecución de la obra, teniendo en cuenta el orden de prelación, se considerará los precios de la oferta de aquel que acepte la invitación, incorporándose todos los costos necesarios para su terminación, debidamente sustentados, siempre que se cuente con la disponibilidad presupuestal.

⁵ **Artículo 211.- Liquidación del Contrato de Obra.** El contratista presentará la liquidación debidamente sustentada con la documentación y cálculos detallados, dentro de un plazo de sesenta (60) días o el equivalente a un décimo (1/10) del plazo vigente de ejecución de la obra, el que resulte mayor, contado desde el día siguiente de la recepción de la obra. Dentro del plazo máximo de sesenta (60) días de recibida, la Entidad deberá pronunciarse, ya sea observando la liquidación presentada por el contratista o, de considerarlo pertinente, elaborando otra, y notificará al contratista para que éste se pronuncie dentro de los quince (15) días siguientes. Si el contratista no presenta la liquidación en el plazo previsto, su elaboración será responsabilidad exclusiva de la Entidad en idéntico plazo, siendo los gastos de cargo del contratista. La Entidad notificará la liquidación al contratista para que éste se pronuncie dentro de los quince (15) días siguientes. La liquidación quedará consentida cuando, practicada por una de las partes, no sea observada por la otra dentro del plazo establecido. Cuando una de las partes observe la liquidación presentada por la otra, ésta deberá pronunciarse dentro de los quince (15) días de haber recibido la observación; de no hacerlo, se tendrá por aprobada la liquidación con las observaciones formuladas. En el caso de que una de las partes no acoja las observaciones formuladas por la otra, aquélla deberá manifestarlo por escrito dentro del plazo previsto en el párrafo anterior. En tal supuesto, dentro de los quince (15) días hábiles siguientes, cualquiera de las partes deberá solicitar el sometimiento de esta controversia a conciliación y/o arbitraje. Toda discrepancia respecto a la liquidación se resuelve según las disposiciones previstas para la solución de controversias establecidas en la Ley y en el presente Reglamento, sin perjuicio del cobro de la parte no controvertida. En el caso de obras contratadas bajo el sistema de precios unitarios, la 225 Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado Reglamento de la ley de Contrataciones del Estado 224 liquidación final se practicará con los precios unitarios, gastos generales y utilidad ofertados; mientras que en las obras contratadas bajo el sistema a suma alzada la liquidación se practicará con los precios, gastos generales y utilidad del valor referencial, afectados por el factor de relación. No se procederá a la liquidación mientras existan controversias pendientes de resolver.

Liquidación de Contrato ante una resolución de contrato implica que ésta se encuentra supeditada a ciertas condiciones o requisitos legales, tales como: i) Que se haya realizado previamente la constatación física de la obra e inventario en el lugar de la obra; ii) Que no existan controversias pendientes de resolver; iii) Que la liquidación se realice dentro del plazo legal establecido para ello (60 días calendario siguientes o el equivalente a 1/10 del plazo de ejecución de la obra, lo que resulte mayor, contado desde el día siguiente de la constatación física de la obra e inventario en el lugar de la obra cuando se trata de resolución de contrato); iv) Que la liquidación sea efectuada por el Contratista y sólo ante la no realización por aquél o ante discrepancia con aquella, la Entidad la realizará; v) Que la liquidación se presente debidamente sustentada con la documentación y cálculos detallados.

1.2 De los requisitos de la liquidación expuestos líneas arriba, se advierte que los dos primeros (constatación física de la obra e inventario en el lugar de la obra, así como que no existan controversias pendientes de resolver), son condiciones previas y esenciales para la realización de la liquidación de la obra, de modo tal que si no se cumplen previamente, no se puede efectuar la liquidación, conforme lo explica detalladamente el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado en la Opinión N° 116-2012/DTN⁶ y Opinión N° 101-2013/DTN⁷.

1.3 En esta línea de análisis, tenemos que en el caso de autos, al haberse resuelto el contrato de ejecución de obra por responsabilidad de la ENTIDAD conforme lo expresa el Laudo Arbitral (Expediente Arbitral N° 006-2013) de fecha 24 de abril de 2014 en sus páginas 38 a 48 (que obra en el Anexo 4 de la demanda

⁶ Opinión N° 116-2012/DTN

2.1.3 ...

Debe precisarse que el acta de constatación física e inventario en el lugar de la obra constituye un documento que acompaña a todo contrato de obra que ha sido materia de resolución. Dicho documento, entre otras finalidades, coadyuva a determinar los trabajos requeridos para culminar la obra.

⁷ Opinión N° 101-2013/DTN

2.1.3 *En este punto, es importante indicar que, para iniciar la liquidación de un contrato de obra que ha sido resuelto, es necesario que dicha resolución haya quedado consentida, pues no es posible realizar la liquidación mientras existan controversias pendientes de resolver.*

De esta manera, el consentimiento de la resolución de un contrato de obra constituye un requisito para liquidarlo, ya que antes de ello no es posible definir, determinar o cuantificar todos los conceptos que deben incluirse en su liquidación.

2.3 En esa medida, no es posible efectuar la liquidación de un contrato de obra mientras estén vigentes procesos de conciliación y/o arbitraje relativos a dicho contrato.

3. Conclusiones:

Si bien la culminación del acto de constatación física e inventario en el lugar de la obra es uno de los requisitos para iniciar la liquidación de un contrato de obra que ha sido resuelto, también es necesario que la resolución de dicho contrato haya quedado consentida y que se hayan resuelto todas sus controversias.

arbitral), el evento que constituye el punto de referencia para dar inicio a la liquidación del contrato es la constatación física e inventario en el lugar de la obra, la misma que según se ha determinado también en el antes referido Laudo Arbitral, aconteció el 13 de noviembre de 2012 en presencia de Notario Público y las partes, cumpléndose así el primer requisito esencial de liquidación establecido en el Artículo 209° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

1.4 Siguiendo este orden de ideas, se tiene que el segundo requisito esencial para la liquidación de la obra es que no existan controversias pendientes de resolver entre las partes. Al respecto de la revisión de los actuados, se puede advertir que en el proceso arbitral anterior (Expediente Arbitral N° 006-2013) las partes dilucidaron todas sus controversias existentes en relación al Contrato de Obra denominado “Mejoramiento del Servicio de Emergencia Pediátrica del Hospital IV Alberto Sabogal Sologuren – Red Asistencial Sabogal”, habiéndose señalado asimismo en dicho proceso arbitral (página 54, considerando 28) que una vez consentido dicho Laudo se activaría el procedimiento de Liquidación del Contrato.

Es así que el 28 de abril de 2014 se notificó al CONTRATISTA dicho Laudo y al OSCE el 24 de abril de 2014, no existiendo en el expediente documento que evidencie la notificación del mismo a la ENTIDAD, sin embargo en los actuados del presente proceso arbitral, obra el escrito de contestación de demanda efectuado por la ENTIDAD, en cuya página 05 (numeral 2.1.4) ella manifiesta refiriéndose al Laudo Arbitral y Resolución N° 32 de Integración de Laudo (emitidos en el expediente arbitral Expediente Arbitral N° 006-2013) expresamente lo siguiente: “*mediante Resolución N° 32, notificada a ESSALUD el 19 de junio de 2014, se puso de conocimiento la interpretación e integración del Laudo Arbitral de Derecho por el cual el Árbitro determina que ESSALUD deberá reintegrar al CONSORCIO VASMER CADS...*”, por lo tanto, a través de dicho reconocimiento expreso realizado por la propia ENTIDAD el Árbitro Único puede concluir que el plazo para el cómputo del consentimiento del Laudo Arbitral se computa a partir del día siguiente de notificada la Resolución N° 32 de integración de Laudo, esto es desde el 20 de junio de 2014; siendo esto así, el plazo para el consentimiento del mismo vencía a los 20 días hábiles siguientes a su notificación sin que las partes recurrieran a cuestionarlo vía anulación de laudo, conforme lo establece el Artículo 64 del Decreto Legislativo N° 1071, cuyo plazo venció el 17 de julio de 2014, con lo cual queda verificado que se cumple el segundo requisito esencial para la liquidación final de la obra.

1.5 Asimismo, en relación al tercer requisito esencial para la liquidación de la obra, tenemos que este está referido a tres aspectos: a) Que la liquidación se realice dentro del plazo legal establecido para ello (60 días calendario siguientes o el equivalente a 1/10 del plazo de ejecución de la obra, lo que resulte mayor, contado desde el día siguiente de la constatación física de la obra e inventario en el lugar de la obra cuando se trata de resolución de contrato y teniendo en cuenta asimismo que por mandato imperativo del último párrafo del Artículo 211 del

Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, no resulta factible efectuar la liquidación mientras existan controversias pendientes de resolver; **b)** Que la liquidación sea efectuada por el Contratista y sólo ante la no realización por aquél o ante discrepancia con aquella, la Entidad la realizará y **c)** Que la liquidación se presente debidamente sustentada con la documentación y cálculos detallados. Al respecto, en el presente proceso arbitral se ha verificado lo siguiente:

- i) Que, la Constatación Física e Inventario de la Obra se produjo el 13 de noviembre de 2012.
- ii) Que, las controversias existentes entre las partes quedaron dilucidadas en proceso arbitral (Expediente Arbitral N° 006-2013) que culminó con Laudo y su respectiva Integración que quedaron consentidos el 17 de julio de 2014.
- iii) Que, entonces el plazo para la presentación de la Liquidación de Obra se computa a partir del último evento (17 de julio de 2014 – consentimiento de Laudo y su Integración, con lo cual se dilucidaron las controversias existentes entre las partes).
- iv) Que, siendo esto así, el plazo para la presentación de la Liquidación de Obra vencía el 15 de setiembre de 2014 (60 días calendario).
- v) Que, el CONTRATISTA presentó ante la ENTIDAD, la Liquidación de Obra con fecha 04 de agosto de 2014 conforme consta de la Carta N° 001-2014-CVP (que obra en el Anexo 6 de la demanda arbitral), cumpliendo así con haberlo realizado el CONTRATISTA y dentro del plazo legal correspondiente.
- vi) Que, con relación al contenido de la Liquidación de Obra presentada por el CONTRATISTA, se ha verificado que la misma está conformada por un total de 515 folios en los que presenta detalles, cuantificación y sustento de la misma, conformado por: Memoria descriptiva, liquidación final de contrato e obra, matriz de contrato vigente, valorizaciones pagadas, cálculo de intereses legales por demora en el pago de valorizaciones mensuales, fórmulas polinómicas adicionales, reajuste de fórmulas polinómicas, cálculo de reajuste autorizados presupuesto contractual y adicionales 01 y 02, valorizaciones de mayores gastos generales, cálculo de intereses legales por la demora en el pago de los mayores gastos generales, gastos incurridos en la tramitación de la resolución de contrato, cálculo de intereses legales por los gastos incurridos en la tramitación de resolución de contrato, cálculos generados de los costos del arbitraje, cálculo de los intereses legales por los costos del arbitraje, anexos conformado por quince (15) documentos.
- vii) Que, ante la Liquidación Final de Obra presentada por el CONTRATISTA, correspondía que de conformidad con lo establecido en el procedimiento legal previsto en el Artículo 42⁸ de la Ley de Contrataciones del Estado y

⁸ *“Artículo 42°.-Culminación del Contrato (...) 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*

concordado con el Artículo 211 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, la ENTIDAD se pronunciara respecto a dicha liquidación ya sea observándola o elaborando otra, según lo considere pertinente, teniendo para ello el plazo de sesenta (60) días de recibida la liquidación elaborada por el CONTRATISTA, lo cual no ha ocurrido, conforme es de verse de lo expresado por la propia ENTIDAD durante el presente proceso arbitral, quien en sus argumentos expuestos en su escrito de contestación de demanda expresa que su falta de pronunciamiento se debió a su disconformidad con la liquidación por ser contraria a Ley, respecto a lo cual el Árbitro Único concluye que dicha posición de la ENTIDAD no resulta amparable, toda vez que conforme a lo dispuesto en el antes citado Artículo 211 del Reglamento de la Ley de Contrataciones, era obligación de la ENTIDAD pronunciarse sobre la liquidación del CONTRATISTA no existiendo la posibilidad de guardar silencio o evitar pronunciarse por disconformidad con la misma, lo cual incluso el citado dispositivo legal sanciona con la declaración de consentimiento de la Liquidación.

Por consiguiente, en base a lo expuesto, el Árbitro Único determina que se ha cumplido con el tercer requisito esencial para la Liquidación Final de la Obra, por lo que se concluye que la Liquidación practicada por el CONTRATISTA ha sido presentada cumpliendo todos los requisitos legales de plazo y forma que establece el Artículo 211 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, correspondiendo en consecuencia continuar con el análisis del contenido de la misma, para efectos de verificar su idoneidad y si el CONTRATISTA no ha realizado un ejercicio abusivo de su derecho en la Liquidación que practicó.

Segundo: Siguiendo con el análisis de la Liquidación del Contrato de Obra, corresponde tener presente que la Liquidación Final de Obra es definida y entendida⁹ como un cálculo técnico, efectuado dentro de las condiciones contractuales (penalizaciones, intereses, gastos generales, etc.), cuya finalidad es determinar el costo total de la obra, el mismo que al compararlo con los montos pagados por la Entidad, podrá determinar el saldo económico, ya sea a favor del Contratista o de la Entidad, según corresponda.

contratista, según los plazos y requisitos señalados en el Reglamento, debiendo aquélla 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 subrayado es nuestro)

⁹ SALINAS SEMINARIO señala que la Liquidación del Contrato de Obra: "consiste en un proceso de cálculo técnico, bajo las condiciones normativas y contractuales aplicables al contrato, que tiene por finalidad determinar, principalmente, el costo total de la obra y el saldo económico que puede ser a favor o en contra del contratista o de la Entidad" (Énfasis agregado).

En este sentido, la Dirección Técnico Normativa del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado – OSCE agrega en la **Opinión N° 104-09/DTN** que: “*el acto de liquidación tiene como propósito que se efectúe un ajuste formal y final de cuentas, que establecerá, teniendo en consideración intereses, actualizaciones y gastos generales, el quantum final de las prestaciones dinerarias a que haya lugar a cargo de las partes del contrato.*” (Énfasis agregado).

Como puede verse, no sólo a nivel doctrinario, sino también normativo, se señala que **es en el acto de liquidación del Contrato de Obra donde se consignará todas las prestaciones y obligaciones ejecutadas a favor de una u otra parte del Contrato, pasando a formar parte de ella, todo derecho que le corresponda o le haya sido reconocido al contratista y que se encuentre impago.**

Dado ello, el procedimiento de liquidación de obra presupone que cada una de las prestaciones haya sido debidamente verificada por cada una de las partes, de manera que los sujetos contractuales hayan expresado de forma inequívoca su satisfacción o insatisfacción con la ejecución del contrato (dentro del plazo establecido por la Ley).

En este caso tenemos que, el Contrato de Obra a que se refiere el presente caso arbitral fue elaborado bajo el sistema de contratación a todo costo (suma alzada) conforme lo indica la cláusula tercera del mismo, con lo cual las partidas se deben liquidar al 100% cada una de ellas, independientemente de su ejecución real, salvo que se hayan aprobado adicionales o deductivos, en cuyo caso se estará conforme a lo aprobado.

Además, deberá tenerse en consideración que ha quedado determinado tanto de las normas glosadas líneas arriba como de las actuaciones realizadas por las partes, que la liquidación de obra practicada por el CONTRATISTA con un saldo a su favor por la suma de S/. 692,088.37 (Seiscientos noventa y dos mil ochenta y ocho con 37/100 soles) incluido IGV, se entiende aprobada al no haber sido observada por la ENTIDAD dentro de los plazos descritos¹⁰ conforme se explicó líneas arriba en el presente Laudo Arbitral.

No obstante, lo cual, es preciso tener en consideración que a través de la **Opinión N° 012-2016/DTN**, el Organismo Supervisor de Contrataciones del Estado (OSCE), respecto al consentimiento de la liquidación de contrato, señala lo siguiente:

*“(…) Sobre **el particular, debe** señalarse que el hecho que una liquidación quede consentida genera efectos jurídicos y económicos. Los primeros, implican que la liquidación quede firme; es decir, se presume¹¹ que su no observación dentro del plazo establecido implica su validez y aceptación. Los segundos,*

¹⁰ RETAMOZO LINARES, Alberto. Contrataciones y Adquisiciones del Estado y Normas de Control. Tomo I. Gaceta Jurídica. Novena edición. Lima. 2013. Página 1038.

¹¹ Según el Diccionario de Lengua Española (DRAE), Vigésimo Tercera Edición, “presunción”, en su segunda acepción, significa “Hecho que la ley tiene por cierto sin necesidad que sea probado.” <http://dle.rae.es/?id=U7ZEVjW>.

consecuencia directa de los primeros, implican que, al determinarse el costo total del contrato y el saldo económico a favor de alguna de las partes, se origine el derecho al pago del saldo a favor del contratista o de la Entidad, según corresponda.

En esa medida, el consentimiento de la liquidación del contrato implica que se presuma su validez y aceptación por la parte que no la observe dentro del plazo establecido.

No obstante, si bien con el consentimiento de la liquidación se presume su validez y aceptación, **ello no impide que las controversias relativas a dicho consentimiento puedan ser sometidas a arbitraje¹²; más aún cuando dicha presunción podría implicar la aprobación o aceptación (y posterior pago) de liquidaciones inválidas** que, por ejemplo, no se encuentren debidamente sustentadas, incluyan conceptos o trabajos que no forman parte del contrato o que formando parte del contrato no se calcularon con los precios ofertados, incluyan montos manifiestamente desproporcionados, entre otros.

Esto significa que la presunción de validez y aceptación de una liquidación que ha quedado consentida es una presunción iuris tantum¹³, en tanto admitiría prueba en contrario, situación que deberá discutirse en un arbitraje, de ser el caso.

Lo contrario –es decir, equiparar el consentimiento de la liquidación con su validez e incuestionabilidad– implicaría que en determinadas situaciones como las descritas anteriormente alguna de las partes se perjudique en beneficio de la otra al asumir un mayor costo que el que contractualmente le corresponde, vulnerándose los principios de principios de Equidad¹⁴ y

¹² De conformidad con el primer párrafo del numeral 3) del artículo 179 y cuarto párrafo del artículo 215 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

¹³ Si se hubiese querido establecer que con el consentimiento de la liquidación esta sería inmodificable o incuestionable, pudo haberse optado por definir el plazo para cuestionar la liquidación como un plazo de prescripción o de caducidad.

¹⁴ El literal l) del artículo 4 de la Ley señala que por Principio de Equidad debe entenderse que "Las prestaciones y derechos de las partes deberán guardar una razonable relación de equivalencia y proporcionalidad, (...)."

Moralidad¹⁵, así como aquel que veda el enriquecimiento sin causa. (...). (El resaltado en negrita es nuestro)

De esta manera, de lo establecido en el artículo 42° de la Ley de Contrataciones del Estado, en el artículo 211° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado y de la Opinión N° 012-2016/DTN¹⁶ vertida por el Organismo Supervisor de Contrataciones del Estado - OSCE, 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, lo que no significa que se torna en incuestionable o inverificable, toda vez que dicha situación de consentimiento constituye una presunción juris tantum, que implica que en sede arbitral para su correspondiente declaración de consentimiento y ordenar el pago de la misma, resulta necesario la verificación de su idoneidad que no se limita a la verificación de la fecha en que fue presentada y si hubo o no pronunciamiento en plazo de la parte contraria, sino que se requiere verificar la existencia de sustento del contenido de la misma.

En este estado, cabe precisar que si bien de la verificación de la fecha de presentación de la Liquidación por el Contratista así como de la falta de pronunciamiento de la Entidad respecto a la misma, se advierte que la Liquidación del Contrato de Obra practicada por el Contratista habría quedado aprobada en todos sus efectos conforme lo manda la norma aplicable, también debe observarse lo dispuesto en la Opinión N° 012-2016/DTN antes citada, así como lo dispuesto en los principios rectores de las contrataciones con el Estado, específicamente los Principios de Moralidad y Equidad, contenidos en los literales b) y m) del artículo 4° de la Ley de Contrataciones del Estado que establecen:

“Artículo 4°.- Principios que rigen las contrataciones (...)

b) Principio de Moralidad: Todos los actos referidos a los procesos de contratación de las Entidades estarán sujetos a las reglas de honradez, veracidad, intangibilidad, justicia y probidad.

(...)

m) Principio de Equidad: Las prestaciones y derechos de las partes deberán guardar una razonable relación de

¹⁵ El literal b) del artículo 4 de la Ley, al definir el **Principio de Moralidad**, establece que “*Todos los actos referidos a los procesos de contratación de las Entidades estarán sujetos a las reglas de honradez, veracidad, intangibilidad, justicia y probidad.*” (El subrayado es agregado).

¹⁶ Cabe hacer hincapié que la Opinión N° 012-2016/DTN es la posición vigente del Organismo Supervisor de Contrataciones del Estado emitida a través de la Dirección Técnico Normativa con fecha 05 de febrero de 2016 cuyo contenido está vinculado a la aplicación de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobada mediante Decreto Legislativo N° 1017 y su Reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo N° 184-2008-EF y por ende a contratos suscritos bajo los alcances de dicho texto normativo, como es el caso del Contrato de Obra N° 0045-2012.GR.PASCO/PRES y su correspondiente Liquidación Final de Obra.

equivalencia y proporcionalidad, sin perjuicio de las facultades que corresponden al Estado en la gestión del interés general." **(el subrayado es nuestro)**

Así como lo dispuesto en el Artículo II del Título Preliminar del Código Civil que establece:

"Artículo II.- Ejercicio abusivo del derecho

La ley no ampara el ejercicio ni la omisión abusivos de un derecho. Al demandar indemnización u otra pretensión, el interesado puede solicitar las medidas cautelares apropiadas para evitar o suprimir provisionalmente el abuso."

(el subrayado es nuestro)

Tercero: En ese sentido, para que el Árbitro Único se pronuncie respecto a la Liquidación de Obra y de ser el caso ordene su pago, corresponde que previamente verifique, esto es, vele porque en la Liquidación del Contrato de Obra no se incluyan conceptos que no se encuentren debida y oportunamente sustentados y que legalmente la autoridad arbitral se encontraría impedida de amparar; en razón de ello, se procederá a analizar cada uno de los ítems que conforman el resultante de la Liquidación del Contrato de Obra practicada por el CONTRATISTA, teniendo en cuenta para ello las posiciones expuestas por las partes al respecto en el presente proceso arbitral.

Así, tenemos que los conceptos que incluye la Liquidación de Obra y respecto a los cuales existe controversia son los siguientes:

Según la Entidad	Según el Contratista
Por Reajuste de Precios. La ENTIDAD cuestiona que CONTRATISTA haya realizado un reajuste al presupuesto contractual (aplicado entre el monto del contrato y el monto pagado de las valorizaciones) que asciende a un total de S/. 611,647.82 más reajuste de presupuesto contractual por la suma de S/. 109,942.77, lo cual la ENTIDAD considera que no corresponde pagar al CONTRATISTA.	Por Reajustes – Presupuesto Contractual: El CONTRATISTA reclama el pago de S/. 109.942.77 más IGV.
Por Mayores Gastos Generales La ENTIDAD reconoce pagar:	Por Mayores Gastos Generales

<p>El monto de mayores gastos generales por la ampliación de plazo N° 04, cuyo pago fue reconocido por Laudo Arbitral anterior (expediente arbitral N° A006-2013) por la suma de S/. 10,251.00 (Diez mil doscientos cincuenta y uno con 00/100 soles incluido IGV).</p> <p>Sin embargo, CUESTIONA el pago de: Los mayores gastos generales por las ampliaciones 1, 2 y 3 al no haber sido acreditados por el CONTRATISTA dichos montos y por tanto no haber seguido el procedimiento establecido en el Artículo 203 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.</p>	<p>EL CONTRATISTA requiere el pago por este concepto, por la suma de S/. 29,461-99 más IGV, lo cual deriva de:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Ampliación de Plazo 1: S/. 5,572.08 - Ampliación de Plazo 2: S/. 8,997.47 - Ampliación de Plazo 3: S/. 6,205.15 - Ampliación de Plazo 4: S/. 8,687.29
<p>Por Intereses por demora en Pago de Valorizaciones y Mayores Gastos Generales.</p> <p>La ENTIDAD reconoce el pago de: De <u>interés legal a causa de demora en pago de primera valorización, por la suma de S/.672.91 incluido IGV.</u></p> <p>Sin embargo, CUESTIONA el pago de: Interés Legal por demora en pago de valorizaciones del contrato principal y de los adicionales de obra, amparándose en lo dispuesto en la oportunidad del pago a que se refiere el Artículo 197 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.</p>	<p>Por Intereses por demora en Pago de Valorizaciones y Mayores Gastos Generales.</p> <p>El CONTRATISTA reclama el pago de: Interés Legal por demora en pago de valorizaciones del contrato principal y de los adicionales de obra por la suma de S/. 6,307.95 más IGV, lo cual deriva de:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Interés de pago de demora en pago de valorizaciones–Presupuesto Contractual: S/. 3,893.14 - Interés de pago de demora en pago de valorizaciones – Adicional de Obra 01: S/. 262.87 - Interés de pago de demora en pago de valorizaciones – Adicional de Obra 02: S/. 156.29 - Interés de pago de demora en pago de valorizaciones – Mayores Gastos Generales 1,2,3 y 4: S/. 1,905.65
<p>Por Costos y Costas del Proceso Arbitral</p> <p>LA ENTIDAD reconoce que por Laudo Arbitral anterior (expediente arbitral A006-2013), al CONTRATISTA le asiste el derecho al reintegro de sus costos arbitrales de dicho proceso arbitral, que ascienden a una suma</p>	<p>Por Costos y Costas del Proceso Arbitral</p> <p>EL CONTRATISTA reclama el pago de: Costos y Costas del Proceso Arbitral por la suma de S/. 29,880.21 más IGV, que deriva de:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Costos de Arbitraje: S/. 28,250.00

<p>total reconocida a su favor de S/. 29,880.11, lo cual deriva de:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Costos de Arbitraje: S/. 28,250.00 - Intereses por Costo de Arbitraje: S/. 729.59 - Gastos tramitación resolución de contrato: S/. 865.00 - Intereses por gastos de tramitación de resolución de contrato: S/. 35.62 <p>Sin embargo, CUESTIONA lo siguiente:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Que CONTRATISTA le haya agregado a dicho monto el IGV, haciendo así una suma total de S/. 32,258.53. - Que este reintegro por costos y costas arbitrales no debe formar parte de la liquidación sino cobrarse aparte, porque considera que no es parte del costo total de la obra. 	<ul style="list-style-type: none"> - Intereses por Costo de Arbitraje: S/. 729.59 - Gastos tramitación resolución de contrato: S/. 865.00 - Intereses por gastos de tramitación de resolución de contrato: S/. 35.62
<p>SALDO FINAL SEGÚN LA ENTIDAD A FAVOR DEL CONTRATISTA:</p> <p>S/. 10,923.91 incluido IGV</p>	<p>SALDO FINAL SEGÚN EL CONTRATISTA A SU FAVOR:</p> <p>S/. 692,088.37 incluido IGV</p>

A) En relación al **primer concepto** (Reajuste de Precios), el Árbitro Único observa que en la Liquidación de Obra presentada por el CONTRATISTA con fecha 04 de agosto de 2014 a través de su Carta N° 001-2014-CVP, dicha parte:

- i) **Cumplió con sustentar en la liquidación los montos reclamados por el concepto denominado “reajuste de precios por presupuesto contractual”, conforme es de verse del folio 430 de su Liquidación de Obra, de cuyo detalle se puede advertir los conceptos, montos y factor K que ha utilizado para dicho cálculo, lo cual hace un total de S/. 109, 942.77 más IGV de cuyo monto según se muestra en el folio 415 de la Liquidación, se encuentra ya pagado por la ENTIDAD, la suma de S/. 9,096.58, quedando entonces un saldo pendiente de pago por este concepto que asciende a la suma de S/. 100,846.19 (Cien mil ochocientos cuarenta y seis con 19/100 soles) más IGV.**

Asimismo, de los argumentos expuestos por la ENTIDAD respecto a este rubro, se puede advertir que en realidad ella reconoce que al CONTRATISTA le corresponde dicho reajuste, siendo en realidad su único cuestionamiento el que el CONTRATISTA supuestamente no habría presentado ante la ENTIDAD la respectiva valorización por este concepto, por lo que considera que debe desestimarse el pago de dicho reajuste. Sobre el particular el Árbitro Único considera que siendo que el CONTRATISTA presentó el cobro de este concepto en la liquidación de la obra, se puede advertir que la ENTIDAD tuvo

en dicho momento la oportunidad de observar este concepto y/o elaborar un nuevo cálculo respecto al mismo, en su debida oportunidad, no habiéndolo realizado, lo cual es de su entera responsabilidad.

De este modo, habiéndose verificado que dichos conceptos forman parte de los conceptos contractuales de la obra y se encuentran oportunamente sustentados en la Liquidación del CONTRATISTA, no resulta factible atender los cuestionamientos formulados a este rubro, por la ENTIDAD con ocasión de su contestación de demanda, en tanto que los mismos no están orientados a cuestionar la falta o inexistencia de sustento de los mismos o su no relación con los conceptos contractuales de la obra, sino a impedir su pago por razones de divergencia con el sustento realizado por el CONTRATISTA, lo cual debió darse en sede administrativa y no se hizo, no resultando por tanto atendible en sede arbitral dicho tipo de cuestionamiento.

- ii) **Cumplió con sustentar los montos reclamados por el concepto denominado “reajuste de precios por adicional de obra 1 y 2”,** conforme es de verse de los folios 431, 497 a 516 de su Liquidación de Obra, de cuyo detalle se puede advertir la aprobación administrativa de dichos adicionales de obra (Resolución de Gerencia de Red N° 802G-RAS-ESSALUD-2012 de fecha 03 de agosto de 2012 que aprueba el adicional de obra N° 01 y la Resolución de Gerencia de Red N° 927G-RAS-ESSALUD-2012 de fecha 07 de setiembre de 2012 que aprueba el adicional de obra N° 02), las fórmulas polinómicas aplicadas para su cálculo (folios 503 a 516 de la Liquidación de Obra), lo cual la ENTIDAD tuvo la oportunidad de observar y/o elaborar un nuevo cálculo en su debida oportunidad, no habiéndolo realizado, lo cual es de su entera responsabilidad.

En este sentido, habiéndose verificado que dichos conceptos forman parte de los conceptos contractuales de la obra y se encuentran oportunamente sustentados en la Liquidación del CONTRATISTA, no resulta factible atender los cuestionamientos formulados a este rubro, por la ENTIDAD con ocasión de su contestación de demanda, en tanto que los mismos no están orientados a cuestionar la falta o inexistencia de sustento de los mismos sino a impedir su pago por razones de divergencia con el sustento realizado por el CONTRATISTA, lo cual debió darse en sede administrativa y no se hizo, no resultando por tanto atendible en sede arbitral dicho tipo de cuestionamiento.

Por consiguiente, la ENTIDAD adeuda por este concepto al CONTRATISTA, la suma de S/. 119.80 (Ciento diecinueve con 80/100 soles) por reajuste de adicional 1 y S/.138.50 (Ciento treinta y ocho con 50/100 soles) por reajuste de adicional 2, en ambos casos más IGV.

B) En relación al segundo concepto (mayores gastos generales), el Árbitro Único observa que en la Liquidación de Obra presentada por el CONTRATISTA con fecha 04 de agosto de 2014 a través de su Carta N° 001-2014-CVP, dicha parte:

Cumplió con detallar y sustentar en su liquidación los montos reclamados por el concepto denominado “mayores gastos generales por las ampliaciones de plazo N° 1, 2, 3 y 4 y presentó en su Liquidación de Obra, las valorizaciones efectuadas por dicho concepto y la Carta N° 196/ADM-2012 de fecha 11 de octubre de 2012, cursada notarialmente a la ENTIDAD, por la cual mucho tiempo antes de presentar la liquidación de la obra, requirió a la ENTIDAD el pago de los mayores gastos generales por las ampliaciones de plazo N° 1,2,3 y 4 por una suma total de S/. 38,426.09 (Treinta y ocho mil cuatrocientos veintiséis con 09/100 soles).

Al respecto es preciso tener en consideración que a través de la Opinión N° 012-2014/DTN, el Organismo Supervisor de las Contrataciones expresa respecto a la oportunidad en que se puede solicitar el pago de los mayores gastos generales, lo siguiente:

“El contratista puede solicitar el pago de los mayores gastos generales en cualquier momento posterior a la aprobación de la ampliación del plazo correspondiente, pudiendo incluso requerirlos hasta en la etapa de liquidación final de obra.

(...)

Cuando la solicitud de pago de la valorización de mayores gastos generales se realice ante el inspector o supervisor de obra, es obligación de la Entidad realizar el pago de los mayores gastos generales variables dentro de los treinta (30) días siguientes de recibida dicha valorización, siempre que el contratista haya cumplido con las condiciones para el pago; en cambio, si los mayores gastos generales se solicitan al momento de elaborar la liquidación final de obra, la Entidad deberá pagarlos luego de que esta haya quedado consentida, en el plazo establecido en las Bases y/o el respectivo contrato.

La normativa de contrataciones del Estado no contempla plazo alguno de prescripción para la solicitud de pago alguno.”

En este sentido, habiéndose verificado:

- i) Que los mayores gastos generales forman parte de los conceptos contractuales de la obra al tratarse de una consecuencia económica de la aprobación de las

ampliaciones de plazo de ejecución de un contrato de obra, con el objeto de reconocer los mayores costos que debe asumir el CONTRATISTA, derivados del incremento del plazo de obra.

- ii) Que, el procedimiento de pago de los mayores gastos generales no establece un plazo perentorio para que el CONTRATISTA, a través de su residente, formule y presente la valorización de mayores gastos generales, ya que ello tiene por finalidad otorgarle al contratista la flexibilidad necesaria para acreditar los mayores gastos generales que le correspondan, pudiendo incluso presentar su valorización de mayores gastos generales en cualquier momento posterior a la aprobación de la ampliación de plazo correspondiente e incluso requerirlos hasta en la etapa de liquidación final de obra.
- iii) Que, la liquidación de un contrato de obra debe contener todas las valorizaciones, los reajustes, **los mayores gastos generales**, la utilidad y los impuestos que afectan la prestación, conceptos que siempre forman parte del costo total de la obra.

En esa medida, considerando que la liquidación de obra determina el costo total de la misma y el saldo económico pendiente de pago, en la liquidación de obra deben incluirse los mayores gastos generales pendientes de pago al CONTRATISTA, los mismos que se encuentran oportunamente sustentados en la Liquidación que dicha parte presentó, no resultando factible atender los cuestionamientos de la ENTIDAD formulados a este rubro, con ocasión de su contestación de demanda, en tanto que los mismos no están orientados a cuestionar la falta o inexistencia de sustento de los mismos sino a impedir su pago por razones de divergencia con el sustento realizado por el CONTRATISTA, lo cual debió darse en sede administrativa y no se hizo, no resultando por tanto atendible en sede arbitral dicho tipo de cuestionamiento; máxime si se tiene en consideración que del detalle de las valorizaciones de los mayores gastos generales que obran en la liquidación realizada por el CONTRATISTA, se verifica la existencia del detalle, fórmula y desglose de dichos montos, lo cual sustenta y acredita la idoneidad de los mismos.

Por consiguiente, la ENTIDAD adeuda por este concepto (mayores gastos generales) al CONTRATISTA, la suma de S/. 29,461.99 más IGV, lo cual deriva de las ampliaciones de plazo 1,3,4 y 4, conforme se muestra a continuación:

- Ampliación de Plazo 1: S/. 5,572.08
- Ampliación de Plazo 2: S/. 8,997.47
- Ampliación de Plazo 3: S/. 6,205.15
- Ampliación de Plazo 4: S/. 8,687.29

- C) En relación al tercer concepto (Intereses por demora en Pago de Valorizaciones y Mayores Gastos Generales), el Árbitro Único observa que en la Liquidación de**

Obra presentada por el CONTRATISTA con fecha 04 de agosto de 2014 a través de su Carta N° 001-2014-CVP, dicha parte:

Cumplió con sustentar en la liquidación los montos reclamados por el concepto denominado “cálculo de intereses legales por demora en el pago de valorizaciones mensuales, de adicionales”, conforme es de verse de los folios 418 a 422 y 443 a 444 de su Liquidación de Obra, de cuyo detalle se puede advertir las valorizaciones pagadas por presupuesto contractual así como por los adicionales de obra N° 1 y N° 2 y por los mayores gastos generales de las ampliaciones de plazo N° 1, 2, 3 y 4, advirtiéndose de dicho detalle, los períodos de desfase en el pago de las mismas, así como los cálculos de intereses legales que corresponde por cada día de desfase en el pago, lo cual hace un monto total reclamado por el CONTRATISTA que asciende a la suma de **S/. 6,307.95 más IGV, lo cual deriva de:**

- Interés de pago de demora en pago de valorizaciones–Presupuesto Contractual: S/. 3,893.14
- Interés de pago de demora en pago de valorizaciones – Adicional de Obra 01: S/. 262.87
- Interés de pago de demora en pago de valorizaciones – Adicional de Obra 02: S/. 156.29
- Interés de pago de demora en pago de valorizaciones – Mayores Gastos Generales 1,2,3 y 4: S/. 1,905.65.

En esa medida, considerando que se encuentra acreditado en la liquidación los días de desfase acontecidos entre la fecha legal de pago de las valorizaciones (del presupuesto contractual, de los adicionales de obra 1 y 2 y de los mayores gastos generales), no resulta factible atender los cuestionamientos de la ENTIDAD formulados a este rubro, con ocasión de su contestación de demanda, en tanto que los mismos no están orientados a cuestionar la falta o inexistencia de sustento de los mismos sino a impedir su pago por razones de divergencia con el sustento realizado por el CONTRATISTA, lo cual debió darse en sede administrativa y no se hizo, no resultando por tanto atendible en sede arbitral dicho tipo de cuestionamiento; máxime si se tiene en consideración que del detalle de este rubro que obra en la liquidación realizada por el CONTRATISTA, se verifica la existencia de sustento, aplicación de la fórmula de interés legal y desglose de dichos montos, lo cual sustenta y acredita la idoneidad de los mismos.

Por consiguiente, la ENTIDAD adeuda por este concepto (intereses legales por demora en pago de valorizaciones del presupuesto contractual, del presupuesto de adicionales 1 y 2 y de los mayores gastos generales) al CONTRATISTA, la suma de S/. 6,307.95 más IGV, lo cual deriva de:

- Interés de pago de demora en pago de valorizaciones–Presupuesto Contractual: S/. 3,893.14

- Interés de pago de demora en pago de valorizaciones – Adicional de Obra 01: S/. 262.87
- Interés de pago de demora en pago de valorizaciones – Adicional de Obra 02: S/. 156.29
- Interés de pago de demora en pago de valorizaciones – Mayores Gastos Generales 1,2,3 y 4: S/. 1,905.65

D) En relación al **cuarto concepto** (Pagos por costos y costas del proceso arbitral), el Árbitro Único observa que en la Liquidación de Obra presentada por el CONTRATISTA con fecha 04 de agosto de 2014 a través de su Carta N° 001-2014-CVP, dicha parte:

Cumplió con sustentar en la liquidación los montos reclamados por el concepto denominado “Pago por costos y costas del proceso arbitral”, conforme es de verse de los folios 450 a 454 de su Liquidación de Obra, de cuyo detalle se puede advertir que sustenta el monto de reintegro reclamado por el CONTRATISTA y que incluso dicho monto se encuentra reconocido a su favor mediante Laudo Arbitral anterior (Expediente A006-2013), cuyo monto reconocido asciende a la suma de S/. 28,250.00 (Veintiocho mil doscientos cincuenta con 00/100 soles) y sus respectivos intereses legales hasta la fecha efectiva de pago, cuyo monto asciende a la suma de S/. 729.59 (Setecientos veintinueve con 59/100 soles).

En este sentido, habiéndose verificado:

- i) Que el reintegro de los costos arbitrales del proceso arbitral A006-2013 y sus respectivos intereses legales hasta la fecha de pago, es un concepto que ya se encuentra reconocido a favor del CONTRATISTA por Laudo Arbitral recaído en dicho proceso el mismo que se encuentra consentido; en consecuencia, carece de validez cualquier cuestionamiento al sustento y pago del mismo a favor del CONTRATISTA.
- ii) Que, la liquidación de un contrato de obra debe contener todas las valorizaciones, los reajustes, los mayores gastos generales, la utilidad, los impuestos que afectan la prestación y todo concepto que siempre forman parte del costo total de la obra.

En esa medida, considerando que la liquidación de obra determina el costo total de la misma y el saldo económico pendiente de pago, en la liquidación de obra deben incluirse los costos arbitrales y sus respectivos intereses legales por demora en el pago al CONTRATISTA, los mismos que se encuentran oportunamente sustentados en la Liquidación que dicha parte presentó, no resultando factible atender los cuestionamientos de la ENTIDAD formulados a este rubro, con ocasión de su contestación de demanda, en tanto que los mismos no están orientados a cuestionar la falta de derecho del CONTRATISTA a reclamar

dichos pagos o a la inexistencia de sustento de los mismos sino a impedir su pago por razones de divergencia con la inclusión de dicho concepto en la liquidación de la obra, lo cual conforme se ha explicado líneas arriba constituye una apreciación errada de la ENTIDAD en tanto que al liquidarse un contrato de obra, deben incluirse en la misma todos los conceptos que se encuentren pendientes de liquidación y pago, lo cual se extiende también a los costos arbitrales reconocidos por Laudo Arbitral.

Por lo expuesto, el Árbitro Único determina que:

- i) Existe una Liquidación de Obra consentida por falta de pronunciamiento oportuno de la Entidad.
- ii) De la revisión y verificación de los montos y conceptos contenidos en la misma se advierte que éstos se ajustan a derecho conforme se ha explicado detalladamente en cada uno de los rubros analizados líneas arriba.
- iii) Resulta por tanto factible aprobar el pago del íntegro de los montos contenidos en la liquidación practicada por el CONTRATISTA, conforme se ha fundamentado detalladamente líneas arriba a cuyos argumentos nos remitimos.
- iv) La liquidación practicada por el CONTRATISTA ha sido realizada en legítimo ejercicio del derecho que la Ley le faculta, no advirtiéndose de su contenido y conformación ejercicio abusivo alguno.
- v) La liquidación final de una obra, constituye un documento de liquidación de cuentas cuyo objetivo es contener TODOS los conceptos que se adeuden entre las partes y que incluso hayan sido reconocidos por Laudo Arbitral, conforme se ha explicado y sustentado líneas arriba.

Por las consideraciones expuestas, que corresponde:

DECLARAR FUNDADA la Primera Pretensión de la Demanda Arbitral y por consiguiente consentida la Liquidación Final de Contrato de Obra elaborada por el Contratista, correspondiendo en consecuencia ordenar a la Entidad que pague a favor del Contratista el saldo la liquidación que asciende a la suma de S/ 692,088.37 (Seiscientos noventa y dos mil ochenta y ocho con 37/100 soles), incluido IGV, más los intereses legales hasta la fecha efectiva de pago.

Asimismo, por los mismos fundamentos expuestos, corresponde **DECLARAR INFUNDADA la Primera Pretensión de la Reconvención**, al haberse verificado que la liquidación de obra practicada por el CONTRATISTA se ajusta a derecho al haber seguido el CONTRATISTA los plazos, procedimiento y formalidades requeridos para su conformación conforme se ha explicado líneas arriba a cuyos fundamentos nos remitimos para estos fines.

Y finalmente, corresponde **DECLARAR INFUNDADA la Primera Pretensión subordinada a la primera pretensión de la reconvención**, al haberse verificado

que la liquidación de obra practicada por el CONTRATISTA se ajusta a derecho conforme se ha explicado líneas arriba a cuyos fundamentos nos remitimos para estos fines.

14.2 Análisis del Segundo Punto Controvertido (Acumulación), referido a *"Determinar si corresponde o no declarar el reconocimiento y pago de los daños y perjuicios generados por el incumplimiento de la Entidad en sus obligaciones contractuales, en perjuicio del Consorcio Vasmer Cads Plurimarkets."*

POSICIÓN DEL CONTRATISTA:

Que, de lo expuesto por el CONTRATISTA se advierte que el sustento de su segunda pretensión se basa en lo siguiente: **i)** Que, debido a la inacción, falta de pronunciamiento e incumplimiento constante de la Entidad, el Contratista se vio forzado a iniciar el proceso arbitral con la finalidad de lograr el cobro del saldo de la liquidación final del contrato que legítimamente le corresponde, para lo cual ha contraído determinadas obligaciones con terceros y ha asumido costos no previstos que acarrea afrontar un proceso arbitral; **ii)** Que, el tiempo transcurrido sin que el CONTRATISTA pueda hacer cobro de la inversión efectuada y del saldo de la liquidación de contrato, hicieron que se vea afectado por desfinanciamiento, por lo que se vio en la necesidad de solicitar un pagaré por el importe de S/ 439,096.50 Nuevos Soles para afrontar la situación adversa que se había producido, lo que generó altísimos costos de intereses por responsabilidad de la Entidad, al haber incumplido con sus obligaciones contractuales y legales derivadas del laudo arbitral; **iii)** Que, si hubiera podido disponer del saldo resultante de la Liquidación Final de Contrato y lo hubiera constituido en un depósito bancario a 360 días, pudo obtener una rentabilidad de S/ 40,676.23 Nuevos Soles, ante la actitud de la Entidad de persistir en su incumplimiento de cumplir con sus obligaciones de pago, generó un perjuicio al contratista y **iv)** Que se solicita se ordene el reconocimiento y pago de la indemnización por daños y perjuicios conforme a los cálculos presentados, que asciende a un total de S/. 61,625.75 Nuevos Soles.

POSICIÓN DE LA ENTIDAD:

Que, de lo expuesto por la ENTIDAD se advierte que el sustento de su posición respecto a este punto controvertido, se basa en lo siguiente: **i)** Que el préstamo al que hace mención el CONTRATISTA se realizó el 23 de agosto de 2013, es decir, casi diez meses después de la constatación física de la obra, por lo que considera ilógico señalar que el dinero del pagaré del 23 de agosto de 2013 haya sido utilizado para la obra que finalizó el 13 de noviembre de 2012, así como tampoco se acredita que dicho pagaré haya sido solicitado para el pago de algún préstamo que se realizó para ejecutar la obra, por lo que no existe medio probatorio que acredite en que se utilizó dicho pagaré y **ii)** Que, el último párrafo del artículo 184 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, establece que los daños y perjuicios se encuentren debidamente acreditados, sin embargo de la documentación presentada por el CONTRATISTA ello no ha ocurrido y **iii)** Que, el pago de interés de depósito bancario es contrario a lo regulado en la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento e incluso contradictorio con el reclamo del

CONTRATISTA de pago de intereses legales que reclama en su primera pretensión principal.

POSICIÓN DEL ÁRBITRO:

CONSIDERANDO:

Primero: Que, la materia a la que se refiere el presente análisis está referida a indemnización por daños y perjuicios que el CONTRATISTA reclama a su favor, corresponde entonces tener presente para estos fines la definición de los daños y perjuicios dada por el maestro Felipe Osterling en su ensayo sobre Indemnización de daños y perjuicios, que citando a los juristas franceses Marcel Planiol y Georges Ripert indica: *"Si el deudor no cumple su obligación cuando y como debiera, el acreedor tiene el derecho de obtener una indemnización por daños y perjuicios, es decir, una suma en dinero equivalente al provecho que hubiera obtenido del cumplimiento efectivo y exacto de la obligación, a título de indemnización por el perjuicio sufrido"* (Planiol y Ripert. *Tratado práctico de Derecho Civil francés*. Tomo VII. Las Obligaciones 2da Parte. Nro. 821, pág. 132).

Segundo: De igual manera, acerca de la indemnización de daños y perjuicios y la forma en la que se fija ésta, hay que tener presente que, de acuerdo a nuestra legislación, la misma se puede fijar de tres maneras: legal, convencional y jurisdiccional. Sobre ello, el abogado Marco Ortega Piana en su artículo sobre la Responsabilidad Contractual y Daños Indemnizables señala que: *"... la indemnización es jurisdiccional (para comprender tanto las competencias judicial y arbitral) cuando se fija como consecuencia de haberse seguido una acción indemnizatoria, en función de los daños y perjuicios efectivamente probados, ya que la reparación es conceptualmente la medida del daño, más aún cuando nuestro régimen de responsabilidad civil se estructura esencialmente sobre su función reparatoria"*¹⁷.

Tercero: En el presente caso, de la revisión de la demanda interpuesta, se aprecia que dicha parte realiza diversas alegaciones orientadas a explicar la manera en la que se le habría generado daño patrimonial como el perjuicio económico cuyo resarcimiento reclama. Así tenemos que el CONTRATISTA alega que la indemnización que reclama deriva del accionar de la Entidad que ha motivado que contraiga determinadas obligaciones con terceros y ha asumido costos no previstos que acarrea afrontar un proceso arbitral, a lo cual se suma el hecho de haber tenido que solicitar un pagaré por el importe de S/ 439,096.50 Nuevos Soles para afrontar la situación adversa que se había producido, lo que según alega le habría generado altísimos costos de intereses y la rentabilidad dejada de ganar por no contar con dicho dinero al no haber cumplido la ENTIDAD con su obligación de pago

¹⁷ ORTEGA PIANA, Marco. *Responsabilidad contractual y daños indemnizables*. Revista de Derecho de los Alumnos de la Universidad de Lima. Lima, 2010, Año 4, N° 8, pág. 81

Cuarto: Teniendo en cuenta la reclamación indemnizatoria y las alegaciones en que se sustenta, debe señalarse que, para el Derecho, 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.

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"*¹⁸.

Esto responde a lo 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".

Por tanto, quien invoca algo que rompe el estado de normalidad, debe probarlo (affirmanti incumbit probatio); es por ello que a quien afirma, incumbe la 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.

Esto se explica en el hecho que encontrándose en juicio las partes, éstas pueden alegar diversidad de cuestiones en defensa de sus intereses; sin embargo, no todo ello necesariamente ha de ser cierto (que no es un equivalente a verdad material), sino que podrían existir cuestiones que una de las partes exagere en su magnitud o que simplemente no respondan a lo acontecido durante el periodo de ejecución contractual o que no deriven necesariamente de los hechos acontecidos. La natural consecuencia de la improbanza de lo alegado, será la desestimación de lo pretendido.

De este modo, considerando que el CONTRATISTA alega que la ENTIDAD le ha ocasionado daños y perjuicios, en consecuencia, reclama que estos sean asumidos por la Entidad, por consiguiente, la controversia se centra en determinar si la ENTIDAD es pasible o no de imputación de los daños y perjuicios reclamados, asimismo resulta necesario determinar qué daños y perjuicios se han producido y si ello genera o no la obligación de la ENTIDAD de reparar los efectos dañosos y los perjuicios, a favor de la CONTRATISTA.

Quinto: Así las cosas, verificada la demanda interpuesta y de los documentos presentados por el CONTRATISTA, se advierte que, no existe en el material probatorio

¹⁸ 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.

presentado por el CONTRATISTA, documento alguno que acredite la vinculación del pagaré con la obra ni con los diversos eventos contractuales que se desfazaron y por los cuales el CONTRATISTA alega haber sufrido daño, igual situación ocurre con los intereses que se derivan del pago del mismo y con las amortizaciones del pagaré, por lo que la sola alegación de la supuesta existencia de un daño sufrido no es suficiente para que el Árbitro considere que éste existe. En consecuencia, no resulta factible derivar de tal evento cuestión indemnizatoria alguna imputable a la ENTIDAD, de modo tal que no se concreta la concurrencia de los elementos esenciales de la responsabilidad: Comportamiento dañoso, culpabilidad (imputabilidad), daño causado y relación causal.

Así tenemos que Osterling Parodi¹⁹, manifiesta al respecto lo siguiente: *“Toda reclamación de daños y perjuicios, aunque se funde en un derecho inobjetable a exigirlos, requiere la prueba de su existencia...”, “Por ello el incumplimiento de un contrato no origina necesariamente el derecho a una indemnización...”*

Sexto: Por consiguiente, el CONTRATISTA no ha logrado acreditar que en efecto le asista a dicha parte, el derecho indemnizatorio que reclama, dado que si bien ha tenido que recurrir a proceso arbitral para exigir el pago de la liquidación entre otros, sin embargo, no existen elementos de juicio palpables suficientes que permitan al Árbitro Único inferir que se le ha generado algún daño de manera concreta o que ha sufrido en términos efectivos el perjuicio que denuncia, máxime si se tiene en consideración que en el marco jurídico de la contratación pública (Artículo 184 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado), sólo resulta factible indemnizar los daños debidamente acreditados por quien los invoca.

Por las razones expuestas, no existe mérito suficiente para amparar la pretensión indemnizatoria del CONTRATISTA, debiendo declararse **INFUNDADA la misma**.

14.3 Análisis del Quinto Punto Controvertido (Segunda Pretensión Subordinada a la primera pretensión de reconversión), referido a *“Determinar si corresponde o no ordenar a la demandante el pago a favor de la Entidad de la suma de S/. 195,672.93 (Ciento noventa y cinco mil seiscientos setenta y dos con 93/100 soles) por concepto de enriquecimiento sin causa.”*

POSICIÓN DE LA ENTIDAD:

Que, de lo expuesto por la ENTIDAD se advierte que el sustento de su segunda pretensión subordinada a la primera pretensión de reconversión se basa en lo siguiente: De los hechos expuestos en la primera pretensión principal y en la primera pretensión subordinada, considera que el CONTRATISTA se ha enriquecido sin causa alguna a costa de la Entidad al incluir en su liquidación partidas que no han tenido previa

¹⁹ Osterling Parodi. La indemnización de Daños y Perjuicios, p. 400.
<http://www.osterlingfirm.com/Documentos/articulos.pdf>.

autorización; debiendo indemnizarse a ESSALUD por la suma de S/ 195,672.93 (Ciento noventa y cinco mil seiscientos setenta y dos y 93/100 Nuevos Soles), conforme se detalla:

Descripción	Monto S/
Reajustes – Presupuesto Contractual	109,942.77
Intereses al Reajustes – Presupuesto Contractual	3893.14
Mayores Gastos Generales 01	5,572.08
Mayores Gastos Generales 02	8,997.47
Mayores Gastos Generales 03	6,205.15
Interés de Mayores Gastos Generales 01, 02, 03	1,334.00
Pagos por el costo del arbitraje	28,250.00
Interés por los costos del arbitraje	729.59
Gastos incurrido en la tramitación de la resolución del contrato	865.00
Interés por gastos incurridos en la tramitación de la resolución de contrato	35.52
SUBTOTAL	165,824.72
IGV 18%	29,848.44
TOTAL	195,673.16

POSICIÓN DEL CONTRATISTA:

Que, de lo expuesto por el CONTRATISTA con relación a esta pretensión de la ENTIDAD se advierte que su posición se basa fundamentalmente en que se considere que la Entidad aduce artificios y astucia para sorprender al Colegiado, sin reconocer el daño que está causando al Contratista al no pagar por la obra que le contrató, la cual se encuentra concluida y entregada dentro del plazo establecido y que la Entidad viene usufructuando sin haber cumplido con pagar al Contratista.

POSICIÓN DEL ÁRBITRO:

CONSIDERANDO:

Primero: Que, la acción por enriquecimiento sin causa se encuentra regulada en el artículo 1954 del Código Civil, el mismo que establece que *"constituye un mecanismo de tutela para aquel que se ha visto perjudicado por el desplazamiento de todo o parte de su patrimonio en beneficio de otro. El primero, será el actor o sujeto tutelado y, el segundo, el demandado o sujeto responsable (...)"*²⁰

En este sentido, para que se configure un enriquecimiento sin causa y pueda ejercitarse la respectiva acción, resulta necesario que se verifiquen las condiciones legales que lo configuran, siendo estas las siguientes: i) *El enriquecimiento del sujeto demandado y el empobrecimiento del actor*; 2) *La existencia de un nexo de conexión entre ambos eventos*; y 3) *La falta de una causa que justifique el enriquecimiento*.²¹

²⁰ PAREDES CARRANZA, Milagros. La inexistencia de contrato y la acción por enriquecimiento sin causa, JUS Doctrina & Práctica 7/2008, Lima: Editora Jurídica Grijley, Pág. 485.

²¹ Idem, Pág. 485.

Segundo: En el presente caso, al analizar líneas arriba la liquidación presentada por el CONTRATISTA, se determinó que la misma se presentó dentro de los plazos y cumpliendo el procedimiento establecido en el artículo 211 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado y que la ENTIDAD la dejó consentir al no haberla observado ni practicado una nueva en su lugar. Asimismo, también se determinó que el contenido de la citada Liquidación del Contratista se ajusta a derecho y todos los conceptos contenidos en la misma se encuentran debidamente sustentados, por lo que dicha liquidación no se encuentra incurso en vicio alguno de nulidad ni en abuso de derecho alguno al contemplar en su contenido todos los conceptos que la normativa de contrataciones lo permite.

Por consiguiente, bajo dicho escenario antes descrito no resulta factible que a través de la liquidación de la obra practicada por el CONTRATISTA se configure enriquecimiento alguno del CONTRATISTA en detrimento de la ENTIDAD, máxime si dicha liquidación se ha practicado en legítimo ejercicio de un derecho que le asistía al CONTRATISTA y para su conformación respetó todos los parámetros legales que la Ley le otorga.

Por lo tanto, corresponde desestimar esta pretensión de la ENTIDAD declarándola INFUNDADA.

14.4 Análisis del Sexto Punto Controvertido (Segunda Pretensión de la Reconvención), referido a *“Determinar si corresponde o no ordenar se otorgue a favor de ESSALUD una indemnización por daños y perjuicios más los intereses legales hasta la fecha de pago.”*

POSICIÓN DE LA ENTIDAD:

Que, de lo expuesto por la ENTIDAD se advierte que el sustento de esta pretensión se basa en lo siguiente: De declararse fundada su primera pretensión de reconvención, solicita como consecuencia que se ordene al CONTRATISTA pagar a favor de la ENTIDAD una indemnización por concepto de daño emergente futuro, por generarle a un egreso por gastos arbitrales.

POSICIÓN DEL CONTRATISTA:

Que, de lo expuesto por el CONTRATISTA se advierte que el sustento de su posición respecto a esta pretensión de la ENTIDAD, se basa fundamentalmente en que la obra para la cual se le contrató la concluyó y entregó dentro del plazo establecido, habiendo incluso la ENTIDAD inaugurado la misma y teniéndola en uso no paga al CONTRATISTA lo adeudado por su construcción y liquidación, lo cual solicita se tenga en consideración al resolver.

POSICIÓN DEL ÁRBITRO:

CONSIDERANDO:

Primero: Que, la doctrina conceptúa la indemnización por daños y perjuicios como la acción que tiene el acreedor o el perjudicado para exigir del deudor o causante del daño una cantidad de dinero equivalente a la utilidad o beneficio que a aquél le hubiese reportado el cumplimiento efectivo, íntegro y oportuno de la obligación o a la reparación del mal causado. En este sentido, la indemnización tiene una naturaleza resarcitoria y deber ser otorgada por los daños y perjuicios que hubiesen afectado al contratante, cuya probanza del hecho alegado corresponde a quien alega tal pretensión.

Asimismo, al hacer referencia a indemnización, se está aludiendo a la responsabilidad civil, que define cuándo y cómo se debe compensar un daño. En sentido estricto cuando alguien, por no haber cumplido un deber u obligación, debe pagar una indemnización por el daño causado.

Segundo: Bajo este contexto, se advierte que, en el presente caso, el reclamo indemnizatorio formulado por la ENTIDAD tiene como fundamento las consecuencias económicas (daño emergente) que le habría generado una liquidación supuestamente nula practicada por el CONTRATISTA y que le habría obligado a recurrir para su declaración de nulidad, ante la vía arbitral.

Sin embargo, de lo actuado en el proceso arbitral, así como de lo expuesto en el presente Laudo al referirnos a la Liquidación de Obra realizada por el CONTRATISTA, se advierte que la pretensión de nulidad de dicha liquidación no ha sido acogida, habiéndose por el contrario declarado consentida la misma y válida en su contenido al haber sido realizada con arreglo a derecho, conforme se explicó líneas arriba en su oportunidad.

Por consiguiente, no encontrándonos ante una liquidación nula, carece de todo fundamento pretender derivar efecto dañoso alguno de la misma, lo que implica que tanto la pretensión indemnizatoria de la ENTIDAD como el fundamento en la que ella se sustenta no pueden ser acogidos, correspondiendo por tanto DECLARAR INFUNDADA dicha pretensión de la ENTIDAD.

14.5 ANALISIS DEL SÉPTIMO PUNTO CONTROVERTIDO:

“Determinar a quién corresponde asumir el pago de costas y costos del proceso arbitral”.

ANÁLISIS DEL ÁRBITRO ÚNICO:

Primero: En cumplimiento a lo establecido en el Artículo 70²² y 73²³ de la Ley de Arbitraje aprobada por Decreto Legislativo N° 1071, es obligación del Tribunal Arbitral

²² **Artículo 70.- Costos**

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

- a. Los honorarios y gastos del tribunal arbitral.*
- b. Los honorarios y gastos del secretario.*
- c. Los gastos administrativos de la institución arbitral.*
- d. Los honorarios y gastos de los peritos o de cualquier otra asistencia requerida por el tribunal arbitral.*
- e. Los gastos razonables incurridos por las partes para su defensa en el arbitraje.*
- f. Los demás gastos razonables originados en las actuaciones arbitrales”.*

²³ **Artículo 73.- Asunción o Distribución de Costos:**

fijar en el laudo los costos del arbitraje y la forma de distribución de los mismos, atendiendo a los siguientes criterios: i) Acuerdo entre las partes, ii) A falta de acuerdo son de cargo de la parte vencida, iii) Distribución y prorrateo entre las partes, atendiendo a la razonabilidad del mismo y teniendo en cuenta las circunstancias del caso.

Segundo: Que, en base a los criterios antes citados, el Árbitro Único manifiesta lo siguiente:

- i) Que de los actuados no se aprecia la existencia de documento alguno que acredite la existencia de acuerdo entre las partes respecto a la distribución o asunción de los gastos arbitrales, por lo que este elemento no puede tomarse en consideración para los efectos de distribución o no de gastos arbitrales.
- ii) Que, corresponde entonces analizar el extremo referido a quien es la parte vencida en el presente arbitraje, con relación a lo cual cabe precisar que en el presente laudo se han acogido favorablemente tanto las posiciones de la demandante como de la demandada, por lo que en puridad no existe una parte totalmente vencida ni una parte totalmente vencedora, por lo que este elemento de juicio se deberá considerar de manera conjunta con el que sigue a continuación.
- iii) Que, atendiendo a las circunstancias del caso y a la razonabilidad de las pretensiones analizadas a lo largo del proceso arbitral, el Árbitro Único advierte que ha existido tanto por parte de La ENTIDAD como por parte del CONTRATISTA alegaciones con arreglo a derecho como alegaciones en exceso de uso de sus atribuciones, situación que ha conllevado a que tengan que defender legítimamente sus posiciones en el presente proceso arbitral; por consiguiente, el Árbitro Único considera que no existiendo una parte vencida y una parte vencedora claramente identificables y atendiendo a las circunstancias del caso señaladas líneas arriba, se determina que es responsabilidad tanto de la ENTIDAD como del CONTRATISTA asumir los gastos arbitrales de acuerdo a los establecido en el Acta de Instalación del Árbitro Único Ad Hoc, la Resolución N° 05 de fecha 19 de agosto de 2015 y la Resolución N° 12 de fecha 18 de enero de 2016, siendo que a cada parte le corresponde asumir los montos siguientes: i) El Contratista: S/ 14,660.00 Honorarios del Árbitro Único y S/ 8,600.00 Honorarios de la Secretaría Arbitral; y ii) La Entidad: S/ 10,678.00 Honorarios del Árbitro Único y S/ 6,253.00 Honorarios de la Secretaría Arbitral; no existiendo otro concepto al respecto.

Por las razones expuestas de acuerdo a las Reglas del Acta de Instalación, Ley de Contrataciones del Estado, el Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado y la Ley de Arbitraje, el Árbitro Único;

1. El tribunal arbitral tendrá en cuenta a efectos de imputar o distribuir los costos del arbitraje, el acuerdo de las partes. A falta de acuerdo, los costos del arbitraje serán de cargo de la parte vencida. Sin embargo, el tribunal arbitral podrá distribuir y prorratear estos costos entre las partes, si estima que el prorrateo es razonable, teniendo en cuenta las circunstancias del caso..."

LAUDA:

- PRIMERO : DECLARANDO FUNDADA la Primera Pretensión de la Demanda Arbitral y por consiguiente** consentida la Liquidación Final de Contrato de Obra elaborada por el Contratista, correspondiendo en consecuencia ordenar a la Entidad que pague a favor del Contratista el saldo la liquidación que asciende a la suma de S/. 692,088.37, incluido IGV, más los intereses legales hasta la fecha efectiva de pago, por los fundamentos expuestos en el presente Laudo.
- SEGUNDO : DECLARANDO INFUNDADA la Primera Pretensión de la Reconvención,** por los fundamentos expuestos en el presente Laudo.
- TERCERO : DECLARANDO INFUNDADA la Primera Pretensión subordinada a la primera pretensión de la reconvención,** por los fundamentos expuestos en el presente Laudo.
- CUARTO : DECLARANDO INFUNDADA la Segunda Pretensión de la Demanda Acumulada,** por consiguiente no corresponde el reconocimiento ni pago de los daños y perjuicios reclamados por el Contratista, por los fundamentos expuestos en el presente Laudo.
- QUINTO : DECLARANDO INFUNDADA la Segunda Pretensión Subordinada a la Primera Pretensión de la Reconvención,** por consiguiente, no corresponde ordenar pago alguno a favor de la ENTIDAD por enriquecimiento sin causa, por los fundamentos expuestos en el presente Laudo.
- SEXTO : DECLARANDO INFUNDADA la Segunda Pretensión de la Reconvención,** por consiguiente, no corresponde el reconocimiento ni pago de los daños y perjuicios reclamados por la ENTIDAD, por los fundamentos expuestos en el presente Laudo.
- SÉTIMO : DISPONER** que los costos del arbitraje que ascienden a la suma total de S/ 40,191.00 (Cuarenta mil ciento noventa y uno con 00/100 soles) más impuestos sean asumidos de acuerdo a los fundamentos expuestos en el presente Laudo.
- OCTAVO :** Remítase al Organismo de Contrataciones del Estado - OSCE copia del presente Laudo Arbitral



Gustavo Adolfo De Vinatea Bellatín
Árbitro Único