

Arbitraje de Derecho seguido entre

CONSORCIO MICRO RED MOSNA
(CONFORMADO POR LAS EMPRESAS SERVIAL PERU SAC, CONSTRUCTORA Y
SERVICIOS NORINVER SAC, CONTRATISTAS Y SERVICIOS GENERALES ALLPA
RAJU SAC Y JZ INVERSIONES SAC)
(DEMANDANTE)

Y

MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE CHAVIN DE HUANTAR
(DEMANDADO)

LAUDO

ÁRBITRO ÚNICO
MARIO EDUARDO VICENTE GONZALEZ PERALTA

Fecha de emisión: **17 de mayo de 2019**

En representación del Demandante

Sr. Hugo Edmundo Zorrilla Leiva
Caurino

Sr. Curre Dionisio Rojas León
Gonzales

Sr. Julio Nemeses Zorrilla Leiva

Abog. Jonathan Ricardo Camacho Lazarte

Ing. Juan Fernando Elías Podestá

Secretario Arbitral

José Rodrigo Rosales Rodrigo

En representación del Demandado

Abog. Francisco Gustavo Peña

Abog. Rocío Janeth Castillejo

3K

Árbitro Único

Mario Eduardo Vicente Gonzalez Peralta

LAUDO DE DERECHO

Número de Expediente de Instalación: I679-2017

Contratista: CONSORCIO MICRORED MOSNA (En adelante, el Contratista o el Demandante).

Demandado: MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE CHAVÍN DE HUÁNTAR (En adelante, la Entidad o el Demandado).

Contrato: Contrato N° 044-2010-MDCHH/GM, para la ejecución de la obra: "Mejoramiento de la Capacidad Resolutiva del Centro de Salud, Chavín Micro Red Mosna, Red Huari, DISA – Ancash" (En adelante, el Contrato).

Monto del Contrato: S/ 4'677,886.35

Cuantía de la Controversia: Puro Derecho y S/. 688,544.17

Tipo y Número de Proceso de Selección: Licitación Pública N° 03-2010-MDCHH/CE

Árbitro Único: Mario Eduardo Vicente González Peralta.

Secretaría Arbitral: José Rodrigo Rosales Rodrigo.

Monto de los honorarios del Árbitro Único: S/ 24,089.64

Monto de los honorarios de la Secretaría Arbitral: S/ 12,896.44

Fecha de emisión del laudo: 16 de Mayo del 2019

(Unanimidad/Mayoría): Unanimidad

N° de Folios: 33

Pretensiones (controversias relacionadas a las siguientes materias):

- ☐ Nulidad, invalidez, inexistencia y/o ineficacia del contrato.
- ☐ Resolución del contrato.
- ☐ Ampliación del plazo contractual.
- ☐ Defectos o vicios ocultos.
- ☐ Formulación, aprobación o valorización de metrados.
- ☐ Recepción y conformidad.
- ☒ Liquidación y pago.
- ☐ Mayores gastos generales.
- ☐ Indemnización por daños y perjuicios.
- ☐ Enriquecimiento sin causa.
- ☐ Adicionales y reducciones.
- ☐ Adelantos.
- ☐ Penalidades.
- ☐ Ejecución de garantías.
- ☐ Devolución de garantías.
- ☒ Otros (Costos Arbitrales)

RESOLUCIÓN Nº 15

Lima, 16 de mayo de 2019

En Lima, a los 17 días del mes de mayo del año dos mil diecinueve, el Árbitro Único, abogado Mario Eduardo Vicente Gonzáles Peralta, luego de haber realizado las actuaciones arbitrales de conformidad con la ley y las normas establecidas por las partes, dicta el siguiente laudo:

I INSTALACIÓN DEL ÁRBITRO ÚNICO

Con fecha 11 de octubre del 2017, el Árbitro Único, quien fuera designado mediante Resolución Nº 251-2017-OSCE/DAR, llevó a cabo la Audiencia de Instalación de Árbitro Único, en las instalaciones de la Dirección de Arbitraje del Organismo Superior de Contrataciones del Estado – OSCE, con la presencia de los representantes del Contratista y la Entidad.

En dicha audiencia se establecieron las reglas que regirán el desarrollo del arbitraje, el monto de los gastos arbitrales y se declaró formalmente instalado el Árbitro Único.

II EXISTENCIA DE CONVENIO ARBITRAL

1. El Convenio Arbitral se encuentra incorporado de pleno derecho en la cláusula trigésima tercera del Contrato Nº 044-2010-MDCHH/GM Ejecución de la Obra: "Mejoramiento de la Capacidad Resolutiva del Centro de Salud, Chavín Micro Red Mosna, Red Huari, DISA – Ancash" celebrado entre la MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE CHAVÍN DE HUANTAR (en adelante la ENTIDAD) y el CONSORCIO MICRO RED MOSNA (en adelante el CONTRATISTA) de fecha 06 de setiembre de 2010, el arbitraje que en

aplicación del Reglamento de la Ley, es AD-HOC, NACIONAL y de DERECHO.

Dicho convenio expresa:

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

.....

El laudo arbitral emitido es definitivo e inapelable, tiene valor de cosa juzgada y se ejecuta como sentencia”

III ANTECEDENTES DEL PRESENTE ARBITRAJE

2. Con fecha 06 de setiembre de 2010, la ENTIDAD celebró con el CONTRATISTA el Contrato № 044-2010-MDCHH/GM Ejecución de la Obra: “Mejoramiento de la Capacidad Resolutiva del Centro de Salud, Chavín Micro Red Mosna, Red Huari, DISA – Ancash” con un plazo de doscientos cuarenta (240) días calendarios, y un monto contractual de S/. 4'677,886.35 (cuatro millones seiscientos setena y siete mil ochocientos ochenta y seis con 35/100 soles).
3. Con fecha 11 de julio de 2016, el CONTRATISTA, mediante Carta № 027-2016-CMRM/RL, remite a la ENTIDAD la liquidación final del contrato de obra, donde quedó establecido como saldo a favor del CONTRATISTA la suma ascendente a S/. 688,544.17 (seiscientos ochenta y ocho mil quinientos cuarenta y cuatro con 17/100 soles) por concepto de reajuste de precios y la suma ascendente a S/ 176,165.19 (ciento setenta y seis mil ciento sesenta y cinco con 19/100 soles) por concepto de valorizaciones.
4. El 12 de agosto de 2016, CONSORCIO CHAVÍN (en adelante el SUPERVISOR) mediante Carta № 015-2016-CONSORCIO CHAVIN/SUP

remite a la ENTIDAD en su condición de supervisor de la obra, la subsanación de la liquidación de obra concluyendo que la liquidación final de la obra asciende a la suma de S/ 5'334,473.75 (Cinco Millones Trescientos Treinta y Cuatro Mil Cuatrocientos Setenta y Tres con 75/100 Soles) existiendo un saldo a favor del CONTRATISTA ascendente a la suma de S/ 864,709.36 (Ochocientos Sesenta y Cuatro Mil Setecientos Nueve con 36/100 Soles).

5. Con fecha 02 de setiembre de 2016, la ENTIDAD de manera interna remite el Informe Nº 317-2016-MDCHH/GDUR/SAGR a su Gerencia de Asesoría Jurídica en la que se traslada la aprobación técnica de la liquidación del contrato.
6. Con fecha 07 de setiembre de 2016, la ENTIDAD mediante Resolución de Alcaldía Nº 215-2016-MDCHH/A aprueba la liquidación final del Contrato Nº 044-2010-MDCHH/GM Ejecución de la Obra: "Mejoramiento de la Capacidad Resolutiva del Centro de Salud, Chavín Micro Red Mosna, Red Huari, DISA – Ancash" por el monto de S/ 4'677,886.35 (cuatro millones seiscientos setena y siete mil ochocientos ochenta y seis con 35/100 soles) declarando improcedente la aplicación de reajuste de precios.
7. Con fecha 29 de noviembre de 2016, el CONTRATISTA solicita el inicio de arbitraje a la ENTIDAD.

IV DESARROLLO DEL PRESENTE ARBITRAJE

ACTUACIONES ARBITRALES

8. Con fecha 11 de octubre de 2017, se realizó la Audiencia de Instalación de Arbitro Único, en la cual se fijaron las reglas del proceso arbitral.
9. El 26 de octubre de 2017, el CONTRATISTA cumple con presentar su demanda arbitral, la misma que es admitida y puesta en conocimiento de la parte contraria a través de la Resolución Nº 1 de fecha 20 de diciembre de 2017.

10. Con fecha 19 de enero de 2018, la ENTIDAD cumple con apersonarse al proceso arbitral, contestando la demanda arbitral, la que fue puesta en conocimiento de la parte contraria mediante Resolución Nº 2 de fecha 25 de enero de 2018.

11. El 19 de marzo de 2018, se realiza la Audiencia de Conciliación y Determinación de Puntos Controvertidos, estableciéndose como puntos en controversia los siguientes:

Primer Punto en Controversia: Determinar si corresponde o no declarar la nulidad de la Resolución de Alcaldía Nº 215-2016-MDCHH/A que resuelve aprobar la liquidación del Contrato Nº 044-2010-MDCHH/GM por el monto de S/ 4'677,886.35 soles y declara improcedente la aplicación del reajuste de precios solicitada por el CONTRATISTA.

Segundo Punto en Controversia: Determinar si corresponde o no que la ENTIDAD reconozca y apruebe la liquidación del Contrato Nº 044-2010-MDCHH/GM por el monto de S/ 5'334,473.75 soles.

Tercer Punto en Controversia: Determinar si corresponde o no que la ENTIDAD pague al CONTRATISTA la suma de S/ 688,544.17 soles por concepto de reajuste de precios más el monto que devengue los intereses legales hasta el momento en que se efectivice el pago.

Cuarto Punto en Controversia: Determinar a quién corresponde el pago de las costas y costos del proceso arbitral.

Los puntos en controversia no fueron objetados por las partes.

12. Con fecha 24 de octubre 2018, mediante Resolución Nº 07 y Nº 08 se tienen por cancelados la totalidad de los honorarios arbitrales por parte del CONTRATISTA y se otorga a las partes un plazo de cinco (5) días hábiles para la presentación de sus alegatos.

13. Las partes presentan sus alegatos el 20 de noviembre de 2018, y mediante Resolución Nº 09 de fecha 03 de diciembre de 2018, se cita a las partes a la Audiencia de Informes Orales.
14. Con fecha 08 de enero de 2019, realizó la Audiencia de Informe Oral en la cual el CONTRATISTA expuso sus alegatos y conclusiones finales, luego de ello el Árbitro Único otorgó al CONTRATISTA un plazo de tres (3) días hábiles para que presente las conclusiones de la exposición de la Audiencia que asistió, dejándose constancia de la inasistencia de la ENTIDAD, pese a estar debidamente notificada.
15. Con fecha 18 de enero de 2019, la ENTIDAD recibió el contenido del acta de la Audiencia de Informes Orales y de la Resolución Nº 11 de fecha 11 de enero de 2019, en la que se le puso en conocimiento las conclusiones de la exposición de la Audiencia del CONTRATISTA.
16. Con fecha 31 de enero de 2019, mediante Resolución Nº 13 se fijó el plazo para laudar por treinta (30) días hábiles de conformidad a la regla 44° del Acta de Instalación.
17. Con fecha 08 de abril de 2019, mediante Resolución Nº 14, se prorrogó por treinta (30) días hábiles adicionales el plazo para laudar de conformidad a la regla 44° del Acta de Instalación.

V CONSIDERANCIONES A TOMAR EN CONSIDERACIÓN EN EL ANALISIS DEL PRESENTE PROCESO ARBITRAL

18. Que el Árbitro Único, al momento de evaluar y resolver el presente caso, tiene en cuenta la prelación normativa dispuesta en la Ley de Contrataciones del Estado, aprobada por el Decreto Legislativo Nº 1017 y sus modificatorias (en adelante La Ley o LCE) y su Reglamento aprobado por Decreto Supremo Nº 138-2012-EF (en adelante el Reglamento o RLCE).

19. Que, los medios probatorios deben tener por finalidad acreditar los hechos expuestos por las partes y producir certeza en el Juzgador respecto a los puntos controvertidos, de acuerdo a los principios generales de necesidad de la prueba, originalidad de la prueba, pertinencia y utilidad de la prueba, entre otros; por su parte, el artículo 43° del Decreto Legislativo Nº 1071 que regula el Arbitraje, otorga a los Árbitros, de manera exclusiva, la facultad plena de determinar el valor de las pruebas.
20. Que, todo el ordenamiento jurídico peruano, en lo que se refiere al cumplimiento de los contratos, establece que los contratos son obligatorios para las partes.
21. En ese sentido éste, como todos los casos que se sustentan en un contrato, deben ser resueltos con sujeción al principio de la autonomía de las partes que, en forma fundamental, inspira el derecho contractual, principio que ha sido recogido en el artículo 62° de nuestra Constitución Política, además de la Ley, dentro de los alcances que establece el artículo 1° de la LCE y al amparo de los Principios que rigen las contrataciones consagrados en el artículo 4° de la citada ley, aplicable al presente caso.
22. Que, asimismo debe tenerse en cuenta lo dispuesto por los artículos 1352°, 1354° y 1356° del Código Civil que consagran el principio de la consensualidad, el principio de la libertad contractual y el carácter obligatorio de las disposiciones contractuales, respectivamente. Al respecto, el artículo 1361° del Código Civil declara como principio rector que *“los contratos son obligatorios en cuanto se haya expresado en ellos”* y el artículo 1362° del mismo cuerpo normativo prescribe que *“los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes”*.
23. Que, del mismo modo, debe tomarse en cuenta el artículo 1352° del Código acotado, que establece que *“los contratos se perfeccionan por el consentimiento de las partes, excepto aquellos casos que, además, deben observar la forma señalada por ley bajo sanción de nulidad”*; en igual sentido, el artículo 1373° del citado cuerpo normativo dispone que *“el*

contrato queda perfeccionado en el momento y lugar en que la aceptación es conocida por el oferente”.

24. Todas estas disposiciones consagran el principio jurídico rector de la contratación (*“pacta sunt servanda”*), base del derecho obligacional y contractual que compromete a las partes a cumplir de buena fe las obligaciones pactadas de un contrato.
25. Los principios de fuerza obligatoria del contrato, buena fe y común intención de las partes sostienen que los contratos son obligatorios en cuanto se haya expresado en ellos, presumiéndose legalmente que la declaración expresada en el contrato responde a la voluntad común de las partes. En tal sentido, quien niega dicha coincidencia debe probarla.
26. Que, conforme se ha indicado anteriormente, en materia de probanza todo aquel que alega un hecho debe de probarlo, sin perjuicio de que el Arbitro Único pueda solicitar y actuar pruebas adicionales si considera que lo requiere. A tales efectos, el Arbitro Único a lo largo del arbitraje ha analizado la posición de la demandante y del demandado, sus alegaciones y las pruebas que han aportado al presente proceso.
27. Que siendo ello así, corresponde al Árbitro Único, establecer la secuencia lógica del presente Laudo mediante la exposición ordenada de su criterio respecto a cada una de las pretensiones postuladas, atendiendo no solo a la argumentación propuesta por las partes sino también analizando las pruebas ofrecidas y actuadas respecto a cada una de dichas pretensiones.
28. Debe tenerse en cuenta que el Arbitro Único evalúa las pruebas aportadas al proceso para determinar, en base a su valoración conjunta, las consecuencias que para las partes se deriven de haber probado o no sus respectivas alegaciones de acuerdo a derecho.
29. Que, a los efectos de valorar las pruebas aportadas al presente proceso arbitral, que es uno de derecho, debe tenerse en cuenta, como ya se ha expresado, que la carga de la prueba corresponde a quien alega determinado hecho. Asimismo debe tenerse en cuenta que la prueba tiene

por objeto que la parte interesada acredite ante el juzgador los hechos que invoca en la sustentación de su posición para crear certeza respecto de ellos. A este respecto, la doctrina señala que:

“La noción vulgar o corriente de probar la recoge y tecnifica la ley para que las partes interesadas en un litigio sepan a qué atenerse en cuanto al modo de hacerlo (...) probar es averiguar la verdad de una cosa, justificarla, hacerla presente (...).

Es obvio que haya diferencia entre la prueba social y la prueba jurídica, dadas las sanciones o consecuencias que el derecho establece si se da o no se da la prueba del hecho o del acto jurídico, verbigracia, la cosa juzgada, que socialmente no existe. En sentido legal la prueba no es una demostración cualquiera, sino a través de ciertos medios y procedimientos que la ley del proceso prescribe, permite o prohíbe, con mayor o menor severidad según los varios pueblos (...).

Todo medio que pueda alcanzar el doble fin de hacer conocido del juez un hecho, es decir, darle conocimiento claro y preciso de él, y juntamente darle la certeza de la existencia del hecho, es un medio de prueba. Como el juez ignora los hechos, pero las partes interesadas si lo conocen, pues lo han creado y los han vivido; deben hacérselos conocer de tal manera que el conocimiento le produzca certeza en su criterio.”

30. Asimismo, debe tenerse en cuenta, en relación a las pruebas aportadas al arbitraje que en aplicación del Principio de “Comunidad o Adquisición de la Prueba”, las pruebas ofrecidas por las partes, desde el momento que fueron presentadas como medios probatorios, pasaron a pertenecer al presente arbitraje y, por consiguiente, pueden ser utilizadas para acreditar hechos que incluso puedan ir en contra de los intereses de la parte que la ofreció.

31. Ello concuerda con la definición de dicho principio que establece que:

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

32. De la revisión de los escritos presentados por las partes, las pruebas aportadas y las posteriores actuaciones en el marco del presente proceso arbitral, se aprecia la existencia de un vínculo contractual válido y eficaz entre las partes sustentado en el CONTRATO, que además se ejecutó en su integridad – y dentro del plazo contractual al que se obligó - por parte del CONTRATISTA.

VI ANALISIS DE LOS PUNTOS EN CONTROVERSIA

33. Atendiendo a lo señalado, corresponde analizar los puntos en controversia de la siguiente manera:

PRIMER PUNTO EN CONTROVERSIA

Determinar si corresponde o no declarar la nulidad de la Resolución de Alcaldía N° 215-2016-MDCHH/A en la que se resuelve aprobar la liquidación del Contrato N° 044-2010-MDCHH/GM por el monto de S/. 4'677,886.35 soles y que declara improcedente la aplicación del reajuste de precios solicitada por el CONTRATISTA

POSICIÓN DEL CONTRATISTA

34. El CONTRATISTA indica que de acuerdo con lo establecido por la Dirección Técnico Normativa del mismo Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado, en el 2.1 de su OPINION N° 104-2013/DTN, de

¹ TARAMONA H., José Rubén. “Medios Probatorios en el Proceso Civil”. Ed.: Rodhas 1994, pág. 35.

fecha 09 de diciembre del 2013, el procedimiento de liquidación del contrato de obra, se define como 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. Así, la liquidación del 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. Adicionalmente, también puede incorporarse otros conceptos autorizados por la normativa de contrataciones del Estado como las penalidades aplicables al contratista, los adelantos otorgados y sus amortizaciones, entre otros conceptos que se incluyen al cumplirse determinados supuestos y que determinan el saldo económico a favor de una de las partes.

35.El CONTRATISTA señala que el artículo 49º del RLCE, establece las disposiciones referidas a la aplicación de fórmulas de reajuste durante la ejecución de los contratos celebrados bajo el ámbito de la normativa de contrataciones del Estado. Así, en el primer párrafo del numeral 2) del precitado artículo señala que, en el caso de contratos de obras pactados en moneda nacional, las Bases establecerán las fórmulas de reajuste. y, en ese mismo sentido la Dirección Técnica Normativa del mismo Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado - OSCE, en el numeral 2.1 párrafo tercero de su Opinión N° 005-2011/DTN del 03 de enero del 2011, ha referido: *"De esta manera, la normativa de contrataciones del Estado ha establecido que, en los contratos de obra pactados en moneda nacional, las Bases necesariamente deben considerar fórmulas de reajuste de las valorizaciones a ser pagadas al contratista"*.

36.El CONTRATISTA señala que de acuerdo a la OPINION N° 148-2015/DTN del 23 de setiembre del 2015, la Dirección Técnico Normativo del OSCE, ha establecido: *"2.1.2 (...) Como se aprecia, el referido numeral establece, además de la obligación de la Entidad de incluir en las Bases las fórmulas*

de reajuste en los contratos de obra cuyo pago debe realizarse en moneda nacional, que las valorizaciones realizadas deben ser ajustadas multiplicándolas con el coeficiente "K" que se obtenga de aplicar en la formula o formulas polinómicas, los Índices Unificados de Precios de la Construcción – publicados por el Instituto Nacional de Estadística e Informática (INEI)-, correspondientes al mes en que debe ser pagada la valorización. De lo expuesto, puede interferirse que la obligación de reajustar las valorizaciones tiene por objeto actualizar el valor de los elementos que intervienen en la ejecución de una obra a la fecha correspondiente al mes de pago de la valorización – toda vez que su valor original puede haber variado desde que se contrajo la obligación – para, de esta manera, mantener el equilibrio económico del contrato."

37. El CONTRATISTA alega que en el presente caso conforme se verifica de las bases integradas de la L.P. № 03-2010-MDCHH/CE (Primera Convocatoria), correspondiente al Contrato № 044-2010-MDCHH/GM Ejecución de la Obra: "Mejoramiento de la Capacidad Resolutiva del Centro de Salud, Chavín Micro Red Mosna, Red Huari, DISA – Ancash", estas si contemplan las fórmulas de reajuste.

38. El CONTRATISTA señala que mediante Informe № 317-2016-MDC/GDUR/SAGR de fecha 02 de agosto del 2016, la ENTIDAD a través de su Gerencia de Desarrollo Urbano y Rural – GDUR, otorgó la conformidad y aprobación de la liquidación del contrato de obra, determinando un saldo a favor del CONTRATISTA por el monto de S/. 688.544.17 (seiscientos ochenta y ocho mil quinientos cuarenta y cuatro con 17/100 soles), correspondiente al pago por reajuste de precios, y mediante Carta № 015-2016-CONSORCIO CHAVIN/SUP signado con Exp. № 750, de fecha 11 de agosto del 2016, el SUPERVISOR a cargo de la Supervisión de la Obra, emitió su conformidad y aprobación de la liquidación del contrato de obra por la suma de S/. 5'334,473.75 (cinco millones trescientos treinta y cuatro mil cuatrocientos setenta y tres con 75/100 soles) y determina el pago a favor del Contratista la suma de S/.

688.544.17 (seiscientos ochenta y ocho mil quinientos cuarenta y cuatro con 17/100 soles), por concepto de reajuste de precios.

39.El CONTRATISTA indica que la ENTIDAD ha aprobado la liquidación del contrato de obra, solamente por el monto de S/. 4'677,886.35 (cuatro millones seiscientos setenta y siete mil ochocientos ochenta y seis con 35/100 soles), y lo que es peor sin considerar los costos por concepto de reajuste de precios. En ese sentido, este hecho vulnera los principios de legalidad y del debido procedimiento que debe regir en todo procedimiento administrativo, así mismo, afecta los recursos económicos que por derecho corresponde.

40.El CONTRATISTA señala tal irregularidad constituye vicios del acto administrativo que se subsumen en las causales establecidos en el artículo 10° numeral 1) y 3) del T.U.O. de la Ley del Procedimiento Administrativo General, esto es por contravenir a la Constitución, a las leyes o a las normas reglamentarias, y por ser contrario al ordenamiento jurídico, por lo que debe declararse su nulidad respectiva.

POSICION DE LA ENTIDAD

41.La ENTIDAD señala que la liquidación final del contrato de obra es un proceso de cálculo técnico bajo las condiciones normativas y contractuales al contrato, aunando a ello se tiene que el procedimiento de liquidación del contrato de obra solo interviene el CONTRATISTA y la ENTIDAD, no estando el residente, ni el supervisor facultados para presentar y/o recibir la liquidación del contrato de obra elaborada por alguna de las partes.

42.La ENTIDAD señala que la institución jurídica de reajuste de precios no se ha pactado en el proceso de selección y por lo mismo no resulta aplica al presente contrato es por ello que mediante Resolución de Alcaldía Nº 215-2016-MDCHH/A se declaró improcedente el pedido de reajuste de precios.

43.La ENTIDAD señala que la Municipalidad se rige por un presupuesto del sector público de tal manera que si no se ha considerado en el contrato la pretensión del CONTRATISTA, no tiene por qué efectuar el pago

requerido, de ordenar lo contrario se generaría delito de malversación de fondos.

44.La ENTIDAD señala que la Dirección Técnica Normativa del OSCE ha emitido sendas opiniones sobre los parámetros del reajuste precios conforme a lo establecido en el artículo 49° del RLCE indicándose que deben ser pactadas en el contrato.

45.La ENTIDAD concluye que al no haberse pactado la situación de reajuste de precios del primer párrafo del numeral 1) y 2) del artículo 49° del RLCE el CONTRATISTA no podrá invocarlo ya que en el pago de ninguna de las valorizaciones hizo referencia a dicha situación por lo que el reajuste de precios resulta improcedente.

POSICION DEL ÁRBITRO

46.En principio debe tenerse presente que conforme lo indica el artículo 5° de la Ley, ésta y su reglamento *"prevalecen sobre las normas de derecho público y sobre aquellas de derecho privado que le sean aplicables"*, en tal virtud El Árbitro Único resolverá la controversia teniendo presente dicha norma.

47.De la posición de las partes, se aprecia que la controversia no objeta el contenido total de la liquidación de obra sino únicamente el proveniente del reajuste calculado en ella, y que fuera desestimado por la ENTIDAD bajo el sustento que el mismo no está incluido en el Contrato.

48.Siendo el presente caso referido un contrato de obra, es conveniente tener en cuenta que obra puede definirse como la:

"Construcción, reconstrucción, remodelación, mejoramiento, demolición, renovación, ampliación y habilitación de bienes inmuebles, tales como edificaciones, estructuras, excavaciones, perforaciones, carreteras, puentes, entre otros, que requieren



*dirección técnica, expediente técnico, mano de obra, materiales y/o equipos.*²

49.El artículo 185 del Reglamento ordena que toda obra contará con un Residente de Obra, quien será el encargado de la Dirección Técnica, que podrá ser ingeniero o arquitecto habilitado y especializado, designado por el Contratista; así es de notar que la Cláusula Vigésima Séptima del Contrato, contiene el plantel técnico encargado de la ejecución de la obra, en donde se considera la participación de un residente de obra.

50.A su vez el artículo 190° del RLCE obliga a que los contratos de obra cuenten con un supervisor (o inspector según el caso) contratado por la Entidad, al cual se le puede definir como aquel encargado de inspeccionar los trabajos realizados por otros³ siendo su responsabilidad el velar por su correcta ejecución y cumplimiento del contrato, controlando la misma, tal como lo establece el artículo 193° del RLCE. En el caso bajo análisis se aprecia que la Cláusula Vigésima Octava del Contrato establece la participación de la Supervisión de Obra, en donde se estipula que *"El control de los trabajos que ejecutará el CONTRATISTA lo realizará la MUNICIPALIDAD a través de la Gerencia de Desarrollo Urbano y Rural y Asociación Antamina."*

51.Por su parte se debe indicar que la Liquidación de Obra es el procedimiento técnico (y normativo) que refleja el resultado físico financiero de la obra y comprende, valorizaciones, gastos generales, reajustes, utilidad, impuestos y todo aquello que intervino en su ejecución y que influye en la determinación de su costo real y final como puede ser penalidades, adelantos y sus amortizaciones.

52.El artículo 211° del Reglamento el procedimiento de liquidación del contrato de obra y dispone que:

"El contratista presentará la liquidación debidamente sustentada con la documentación y cálculos detallados, dentro de un plazo de

²

Opinión № 057-2017-DTN

³

Diccionario de la Real Academia Española

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 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 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 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

0

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.”

53. Ahora bien, como se aprecia de autos, la obra “Mejoramiento de la Capacidad resolutive del Centro de Salud, Chavín Micro Red Mosna, Red Huari, DISA – Ancash” una vez culminada, fue recepcionada el 12 de mayo del 2016, suscribiéndose el acta en dicha oportunidad; y con fecha 11 de julio del 2016, esto es dentro del término que le correspondía, el CONTRATISTA cumplió con presentar la Liquidación final a la ENTIDAD para su revisión, tal como consta del cargo respectivo signado con el Registro de Ingreso Nº 7055, en 2,263 folios y un CD dicha liquidación.

54. Con fecha 02 de agosto del 2016, la Gerencia de Desarrollo Urbano y Rural de la ENTIDAD remitió a la Gerencia de Asesoría legal el Informe Nº 317-2016-MDCHH/GDUR/SAGR, pronunciándose sobre la Liquidación Final “declarando la CONFORMIDAD y APROBACIÓN TÉCNICA de la misma, solicitando a su despacho las acciones que corresponden al tratamiento legal y emisión de la resolución de aprobación de alcaldía.”

Dicho documento señala que la liquidación final arroja un importe total de obra de S/. 5'327,120.55, producto del incremento por concepto de reajuste de S/. 688,544.17.

55. Mediante Carta Nº 015-2016-CONSORCIO CHAVÍN/SUP, fechado 11 de agosto del 2016 la Supervisión contratada se dirige a la ENTIDAD, remitiendo la liquidación de obra, materia del arbitraje, manifestando que la misma se encuentra “conforme para su revisión y aprobación” en ella se consigna el importe de S/. 688,544.17 como valor de Reajuste.

56. Con fecha 07 de julio del 2016, la ENTIDAD emite la Resolución de Alcaldía Nº 215-2016-MDCHH/A, que aprueba la liquidación final de la obra materia del Contrato Nº 044-2010-MDCHH/GM por la suma total de S/. 4'677,886.35, que es el valor del contrato original.

57. El acto resolutivo se sustenta considerando que *"en el extremo de de la institución jurídica de "reajuste de precios", propuesto por el contratista ésta no se ha pactado en el Contrato № 044-2010-MDCHH/G "Mejoramiento de la Capacidad resolutive del Centro de Salud, Chavín Micro Red Mosna, Red Huari, DISA – Ancash" y por lo mismo no es aplicable al presente caso"*.
58. Agrega que el OSCE ha emitido opiniones técnico normativas respecto a los supuestos en los que puede reajustarse el precio a ser pagado al contratista, e indica que el artículo 49 del Reglamento regula su aplicación estableciendo que *"en estos casos las Bases pueden considerar fórmulas de reajuste conforme a la variación del Índice de Precios al Consumidor"* que establece el INEI.
59. Menciona que conforme al citado artículo, para el caso de contratos de obra pactados en moneda nacional necesariamente deben ser elaboradas y aplicada según lo dispuesto en el Decreto Supremo № 011-79-VC; y, al no haberse pactado en el contrato, no corresponde de su aplicación.
60. De lo expuesto por la ENTIDAD se infiere que, según su posición, en caso se hubiese pactado el reajuste de precios si correspondería su aplicación y cálculo correspondiente.
61. En efecto, el Reajuste de Precios está permitido en la obra pública, así se observa del artículo 49º del Reglamento, cuyo numeral 2 establece:

"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 "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."

Tanto la elaboración como la aplicación de las fórmulas polinómicas se sujetan a lo dispuesto en el Decreto Supremo Nº 011-79-VC y sus modificatorias, ampliatorias y complementarias.”

De lo que se infiere que en las Bases de los procesos de selección para la ejecución de obra pública siempre deben considerar la aplicación del reajuste.

62. Revisado el texto del Contrato se aprecia que no contiene ninguna mención al establecimiento de fórmulas de reajuste de precios, sin embargo su Cláusula Segunda señala que el contrato se regula por la Ley y su Reglamento, en ese orden de ideas se debe estar a lo dispuesto en el artículo 139º del Reglamento que señala:

“Artículo 142º.- Contenido del Contrato

El contrato está conformado por el documento que lo contiene, las Bases Integradas y la oferta ganadora, así como los documentos derivados del proceso de selección que establezcan obligaciones para las partes y que hayan sido expresamente señalados en el contrato”.

63. En consecuencia las Bases del Proceso de selección Licitación Pública Nº 03-2010 – Primera Convocatoria) sí son parte integrante e inseparable del Contrato Nº 044-2010-MDCHH/G “Mejoramiento de la Capacidad resolutive del Centro de Salud, Chavín Micro Red Mosna, Red Huari, DISA – Ancash”, igual condición tiene el expediente técnico y documentos derivados del proceso de selección que establezcan obligaciones para las partes y que hayan sido expresamente señalados en el contrato.

64. De las pruebas ofrecidas, obra la parte pertinente de las Bases Integradas del proceso de selección ya indicado, en cuyo rubro Disposiciones Complementarias del Contrato, numeral 3.6 Del Precio menciona:

“Los costos para cada una de las partidas serán ofertados en nuevos soles y las valorizaciones que se deriven estarán sujetas a reajustes, de acuerdo a la fórmula polinómica considerada en el expediente

técnico y en aplicación de los índices Unificados de Precios de la Construcción que mensualmente publica el Instituto Nacional de Estadística e Informática (INEI), tomando como base la fecha de aprobación del expediente y técnico”

En consecuencia el Contrato sí consideraba la aplicación de los reajustes de precio conforme lo determinaba la LEY,

65.Adicional a lo expresado se debe tener presente que el artículo 211º del Reglamento, que regula el procedimiento de aprobación de la liquidación del contrato de obra, establece que luego de recibida la liquidación final la ENTIDAD debe pronunciarse frente al CONTRATISTA ya sea otorgando su conformidad o de ser el caso *“observando la liquidación presentada por el contratista o de considerarlo conveniente elaborando otra y notificando al contratista para que este se pronuncie dentro del quince (15) días siguientes.”*.

66.Sin embargo la ENTIDAD incumplió lo estipulado en la norma pues de no estar conforme con la liquidación presentada debió observarla señalando las omisiones o defectos o en su lugar presentar su propia liquidación, en lugar de ello emitió el acto administrativo materia del presente arbitraje.

67.En ese orden de ideas la Resolución de Alcaldía № 215-2016-MDCHH/A fue emitida conteniendo un error que contravino lo estipulado en la LEY y el CONTRATO, correspondiendo verificar si dicho acto resolutivo está afectado de nulidad.

68.La Ley del Procedimiento Administrativo General Ley № 27444 (en adelante la LPAG) estipula en su artículo 8º que un acto administrativo es válido cuando es emitido “conforme al ordenamiento” jurídico, ergo, un acto administrativo “invalido” sería aquel en el que existe discordancia entre el acto y el ordenamiento jurídico y por tanto es un acto ilegal.

69.Los supuestos de conservación del acto administrativo contemplados por el artículo 14º de la LPAG tienen por objetivo privilegiar la eficacia de la actuación administrativa frente a irregularidades de los actos

administrativos que la ley estima leves. Por tanto acto administrativo “nulo” sería aquel que padece irregularidades o vicios insalvables, donde no es posible su convalidación cuyas causales de invalidez trascendentes o relevantes están previstas en el artículo 10º de la LPAG⁴

70. El ya citado artículo 10º de la LPAG estipula:

“Artículo 10.- Causales de nulidad

Son vicios del acto administrativo, que causan su nulidad de pleno derecho, los siguientes:

- 1. La contravención a la Constitución, a las leyes o a las normas reglamentarias.*
- 2. El defecto o la omisión de alguno de sus requisitos de validez, salvo que se presente alguno de los supuestos de conservación del acto a que se refiere el Artículo 14.*
- 3. Los actos expresos o los que resulten como consecuencia de la aprobación automática o por silencio administrativo positivo, por los que se adquiere facultades, o derechos, cuando son contrarios al ordenamiento jurídico, o cuando no se cumplen con los requisitos, documentación o trámites esenciales para su adquisición.*
- 4. Los actos administrativos que sean constitutivos de infracción penal, o que se dicten como consecuencia de la misma”*

71. El artículo IV del Título Preliminar de la LPAG establece los requisitos que debe cumplir todo procedimiento administrativo en donde se tiene:

“1.1. Principio de legalidad.- Las autoridades administrativas deben actuar con respeto a la Constitución, la ley y al derecho, dentro de las facultades que le estén atribuidas y de acuerdo con los fines para los que les fueron conferidas.”

“1.2. Principio del debido procedimiento.- Los administrados gozan de todos los derechos y garantías inherentes al debido

⁴

Jorge Danós Ordóñez; Régimen de la Nulidad de los Actos Administrativos en la Ley N° 27444 del Procedimiento Administrativo General, pág 6

procedimiento administrativo, que comprende el derecho a exponer sus argumentos, a ofrecer y producir pruebas y a obtener una decisión motivada y fundada en derecho. La institución del debido procedimiento administrativo se rige por los principios del Derecho Administrativo. La regulación propia del Derecho Procesal Civil es aplicable sólo en cuanto sea compatible con el régimen administrativo. Dentro de este principio se encuentra el de la debida motivación.”

“1.11. Principio de verdad material.- En el procedimiento, la autoridad administrativa competente deberá verificar plenamente los hechos que sirven de motivo a sus decisiones, para lo cual deberá adoptar todas las medidas probatorias necesarias autorizadas por la ley, aun cuando no hayan sido propuestas por los administrados o hayan acordado eximirse de ellas.” (subrayado es nuestro)

72. Como se expresó en líneas arriba, lo determinado en la Resolución de Alcaldía Nº 215-2016-MDCHH/A, se sustentó en la supuesta ausencia de acuerdo contractual de realizar el Reajuste de Precios, sin embargo ello no fue así pues en las bases administrativas, parte integrante del contrato, sí se pactó el reajuste de precios, medio probatorio que no fue observado por ninguna de las partes, en donde se establece que la fórmula a aplicar será la establecida en el expediente técnico, en tal consideración se aprecia que el acto resolutivo no verificó plenamente los hechos que sirven de motivo a su decisión, como es el de constatar si la obligación de pactar los reajustes y sus fórmulas a aplicar estaban dentro de los documentos que conforman el Contrato, de esta manera lo resuelto deviene en inválido sin posibilidad de conservación por contravenir además lo estipulado en el contrato y la LEY, por tanto el acto administrativo deviene en nulo.

SEGUNDO PUNTO EN CONTROVERSIA

Determinar si corresponde o no que la ENTIDAD reconozca y apruebe la liquidación del Contrato Nº 044-2010-MDCHH/GM por el monto de S/ 5'334,473.75 soles

POSICIÓN DEL CONTRATISTA

- 73.**El CONTRATISTA indica que conforme ha advertido precedentemente, la Dirección Técnico Normativa del mismo Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado, en el 2.1 de su OPINION N° 104-2013/DTN, de fecha 09 de diciembre del 2013, ha establecido que la liquidación del contrato de obra, comprende 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.
- 74.**El CONTRATISTA señala que adicionalmente, también puede incorporarse otros conceptos autorizados por la normativa de contrataciones del Estado como las penalidades aplicables al contratista, los adelantos otorgados y sus amortizaciones, entre otros conceptos que se incluyen al cumplirse determinados supuestos y que determinan el saldo económico a favor de una de las partes.
- 75.**El CONTRATISTA alega que en el presente caso declarado nulo que sea la Resolución de Alcaldía N° 215-2016-MDCHH/A de fecha 07 de setiembre del 2016, el Árbitro único, deberá reconocer y aprobar la liquidación del Contrato N° 044-2010-MDCHH/GM Ejecución de la Obra: "Mejoramiento de la Capacidad Resolutiva del Centro de Salud, Chavín Micro Red Mosna, Red Huari, DISA – Ancash", por la suma de S/. 5'334,473.75 (cinco millones trescientos treinta y cuatro mil cuatrocientos setenta y tres con 75/100 nuevos soles), costo que incluye el concepto por reajuste de precios.

POSICIÓN DE LA ENTIDAD

- 76.**La ENTIDAD señala que la liquidación final del contrato de obra es un proceso de cálculo técnico bajo las condiciones normativas y contractuales al contrato, aunando a ello se tiene que el procedimiento de liquidación del contrato de obra solo interviene el CONTRATISTA y la ENTIDAD, no estando el residente, ni el supervisor para presentar y/o recibir la liquidación del contrato de obra elaborada por alguna de las partes.

- 77.**La ENTIDAD señala que la institución jurídica de reajuste de precios no se ha pactado en el proceso de selección y por lo mismo no resulta aplica al presente contrato es por ello que mediante Resolución de Alcaldía Nº 215-2016-MDCHH/A se declaró improcedente el pedido de reajuste de precios.
- 78.**La ENTIDAD señala que la Municipalidad se rige por un presupuesto del sector público de tal manera que si no se ha considerado en el contrato la pretensión del CONTRATISTA obviamente no tiene por qué efectuar el pago requerido de ordenar lo contrario se generaría un delito de malversación de fondos.
- 79.**La ENTIDAD señala que la Dirección Técnica Normativa del OSCE ha emitido sendas opiniones sobre los parámetros del reajuste precios conforme a lo establecido en el artículo 49° del RLCE indicándose que deben ser pactadas en el contrato.
- 80.**La ENTIDAD concluye que al no haberse pactado la situación de reajuste de precios del primer párrafo del numeral 1) y 2) del artículo 49° del RLCE el CONTRATISTA no podrá invocarlo ya que en el pago de ninguna de las valorizaciones hizo referencia a dicha situación por lo que el reajuste de precios resulta improcedente.

POSICIÓN DEL ÁRBITRO

- 81.**Habiéndose establecido la nulidad de la Resolución de Alcaldía Nº 215-2016-MDCHH/A, por cuanto omitió pronunciarse respecto al reajuste, pese a estar contractual y legalmente considerado, corresponde establecer si se debe reconocer y aprobar la liquidación del Contrato Nº 044-2010-MDCHH/GM por el monto de S/ 5'334,473.75 soles
- 82.**Tal como se señaló líneas arriba, con fecha 11 de julio del 2016 el CONTRATISTA cumplió con presentar a la ENTIDAD la Liquidación Final de la obra "Mejoramiento de la Capacidad Resolutiva del Centro de Salud, Chavín Micro Red Mosna, Red Huari, DISA – Ancash", la misma que señala el costo total de S/. 5'334,473.75,

83. Recibida la liquidación final del contrato de obra, la Gerencia de Desarrollo Urbano y Rural de la Municipalidad Distrital de Chavín de Huántar emitió el Informe N° 317-2016-MDCHH/GDUY/SAGR, de fecha 02 de agosto del 2016, dicho documento señala haber realizado la evaluación de la referida liquidación resultando el importe final de la obra en S/. 5'334,473.75, ello debido al incremento por reajuste de S/. 688,544.17 sobre el monto contractual de S/. 4'638,576.38, solicitando "el pago pendiente por los conceptos consignados ...declarando la **CONFORMIDAD y APROBACIÓN TÉCNICA** de la misma" solicitando a la Gerencia de Asesoría Legal el tratamiento legal y emisión de la resolución de aprobación de alcaldía.
84. Por su parte la Supervisión de la Obra remitió a la ENTIDAD las Carta N° 015-2016-CONSORCIO CHAVIN/SUP, fechada 11 de agosto del 2016, manifestando su conformidad con la Liquidación Final en referencia, remitiéndola para su revisión y aprobación, e indicando que el Costo total de la obra asciende a la suma de S/. 5'334,473.75, en dicho documento se considera la suma de S/. 688,544.17 por concepto de reajuste.
85. Como se indicó, el artículo del 211° del RLCE dispone que la liquidación final debe ser entregada a la ENTIDAD, en este orden de ideas la participación de la supervisión de obra no es obligatoria para la revisión o conformidad de dicha liquidación, salvo que ella así lo decida, pues corresponde a la ENTIDAD pronunciarse frente al CONTRATISTA ya sea observando la liquidación presentada o elaborando otra.
86. Por ello resulta revelador que la Gerencia de Desarrollo Urbano y Rural de la Municipalidad Distrital de Chavín de Huántar señale que luego de efectuar la revisión de la liquidación final del contrato de obra, ésta determine un costo total de S/. 5'334,473.75 que contiene la suma de S/. 688,544.17 por concepto de reajuste, conforme al detalle ya expuesto, correspondiendo a este órgano de la ENTIDAD realizar el control de los trabajos que realizara el CONTRATISTA, tal como se estipuló en la Clausula Vigésima Octava del Contrato.

87. De lo expuesto se infiere que de haber emitido el acto resolutivo considerando el importe de reajuste, el costo total final declarado por la ENTIDAD como liquidación final del contrato de obra sería de S/. 5'334,473.75, en consecuencia corresponderá reconocer dicho importe como el que se apruebe en la liquidación final del contrato de obra.

TERCER PUNTO EN CONTROVERSIA

Determinar si corresponde o no que la ENTIDAD pague al CONTRATISTA la suma de S/ 688,544.17 soles por concepto de reajuste de precios más el monto que devengue los intereses legales hasta el momento en que se efectivice el pago

POSICIÓN DEL CONTRATISTA

88. El CONTRATISTA indica que de acuerdo al artículo 198° del RLCE, el pago por reajuste de precios se puede realizar con la valorización más cercana posterior o en la liquidación final sin reconocimiento de intereses. Con lo que se desvirtúa lo expresado por la recurrida de que el pago por reajuste debe ser solicitado en cada valorización.
89. El CONTRATISTA considera que corresponde a la ENTIDAD, efectuar el pago de la suma de S/. 688.544.17 (seiscientos ochenta y ocho mil quinientos cuarenta y cuatro con 17/100 nuevos soles), por concepto de reajuste de precios, a favor del CONTRATISTA.
90. Así mismo, de acuerdo al artículo 181° segundo párrafo del RLCE, en caso de retraso en el pago, el contratista tiene derecho al pago de intereses conforme a los establecido en el artículo 48° de la Ley, contado desde a oportunidad en que el pago debió efectuarse.
91. El CONTRATISTA considera de misma forma el artículo 1246° del Código Civil, establece que, si las partes no han convenido el interés moratorio o en su defecto el interés compensatorio, el deudor está obligado a pagar el interés legal.

POSICIÓN DE LA ENTIDAD

- 92.**La ENTIDAD señala que la liquidación final del contrato de obra es un proceso de cálculo técnico bajo las condiciones normativas y contractuales al contrato, aunando a ello se tiene que el procedimiento de liquidación del contrato de obra solo interviene el CONTRATISTA y la ENTIDAD, no estando el residente, ni el supervisor para presentar y/o recibir la liquidación del contrato de obra elaborada por alguna de las partes.
- 93.**La ENTIDAD señala que la institución jurídica de reajuste de precios no se ha pactado en el proceso de selección y por lo mismo no resulta aplica al presente contrato es por ello que mediante Resolución de Alcaldía № 215-2016-MDCHH/A se declaró improcedente el pedido de reajuste de precios.
- 94.**La ENTIDAD señala que la Municipalidad se rige por un presupuesto del sector público de tal manera que si no se ha considerado en el contrato la pretensión del CONTRATISTA obviamente no tiene por qué efectuar el pago requerido de ordenar lo contrario se generaría un delito de malversación de fondos.
- 95.**La ENTIDAD señala que la Dirección Técnica Normativa del OSCE ha emitido sendas opiniones sobre los parámetros del reajuste precios conforme a lo establecido en el artículo 49° del RLCE indicándose que deben ser pactadas en el contrato.
- 96.**La ENTIDAD concluye que al no haberse pactado la situación de reajuste de precios del primer párrafo del numeral 1) y 2) del artículo 49° del RLCE el CONTRATISTA no podrá invocarlo ya que en el pago de ninguna de las valorizaciones hizo referencia a dicha situación por lo que el reajuste de precios resulta improcedente.

POSICIÓN DEL ÁRBITRO

- 97.** El Contrato № 044-2010-MDCHH/GM, para la Ejecución de la Obra: "Mejoramiento de la Capacidad Resolutiva del Centro de Salud, Chavín Micro Red Mosna, Red Huari, DISA – Ancash" estableció en su Cláusula Tercera, como monto de retribución económica a pagar al CONTRATISTA, la suma de S/. 4'677,866.35, importe que comprendía la mano de obra,

pago a entidades, costo de equipos, herramientas, materiales, fletes, seguros, impuestos y todo aquello que sea necesario para la correcta ejecución de la obra, que se ejecutaría en la modalidad de suma alzada; sus bases administrativas consideraban la aplicación del reajuste de precios, conforme lo disponía el artículo 49 del RLCE, en consecuencia bajo tales características estamos frente a un contrato de prestaciones recíprocas.

98. Siendo un contrato a suma alzada el monto del Contrato no podía variar, excepto por la aplicación de las fórmulas polinómicas de reajuste, o en su caso, por la ejecución de trabajos adicionales no contemplados en las Bases ni en la propuesta original del Contratista.
99. Un Contrato es de prestaciones recíprocas cuando ambas partes son deudoras y acreedoras la una de la otra, con total independencia de la cantidad de prestaciones a la que cada una de ellas estuviera obligada respecto de la otra.
100. En este orden de ideas, ha sostenido Ramela que los contratos con prestaciones recíprocas son aquéllos en los que:

"(...) las ventajas que procuran a una u otra de las partes no les es concedida sino por una prestación que ésta le ha hecho o que se obliga a hacerle"⁵.

En otros términos, se trata de aquellos contratos en los que los beneficios o ventajas que las partes pretenden lograr por medio del contrato celebrado son recíprocos.

Así tenemos que entre las prestaciones recíprocas se genera:

"(...) un nexo especial -que se denomina de correspondencia o reciprocidad y que consiste en la interdependencia (o causalidad recíproca) entre ellas-"⁶,

⁵ RAMELA, Anteo E. Resolución por incumplimiento. Editorial Astrea. Buenos Aires. 1975. Pág. 144.

⁶ *Ibidem*. Pág. 218.

La reciprocidad, entonces, encuentra su fundamento en una correlación de prestaciones o, en otras palabras, en la conexión de las ventajas y sacrificios que obtienen o están llamadas a obtener las partes contratantes. Como apuntan Garrido y Zago, es:

*"(...) en el intercambio de ventajas y en la interrelación de ellas donde está la característica tipificante de los contratos con prestaciones recíprocas"*⁷.

101. El Contrato celebrado es una relación obligatoria con prestaciones entre las cuales existe reciprocidad. Las prestaciones a las que se obligaron tanto el CONTRATISTA como la ENTIDAD han sido claramente descritas en el Contrato.

102. En el presente caso lo relevante es el resultado del trabajo (el opus). Por el cual el CONTRATISTA se obligó a realizar un hacer: la obra, mientras que la ENTIDAD se obligó a un dar, consistente en pagar una retribución pactada, la misma que comprendía el importe del contrato (S/.4'677,866.35) y además el importe del reajuste de precios resultante y que la propia ENTIDAD estimó en S/. 688,544.17.

103. Considerando que la obra se culminó a satisfacción de la ENTIDAD, corresponderá la exigencia del pago de la contraprestación de la obra, en el presente caso del saldo de obra determinado en S/. 688,544.17.

104. En relación al pago de intereses el artículo 48 de la Ley señala:

"En caso de atraso en el pago por parte de la Entidad, salvo que se deba a caso fortuito o fuerza mayor, ésta reconocerá al contratista los intereses legales correspondientes"

Por su parte el artículo 181 del Reglamento dispone:

"La Entidad deberá pagar las contraprestaciones pactadas a favor del contratista en la oportunidad establecida en las Bases o en el contrato.

⁷ GARRIDO, Roque Fortunato y ZAGO, Jorge Alberto. Contratos Civiles y Comerciales. Parte General. Tomo I Editorial Universidad. Buenos Aires. 1989. Pág. 66.

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

- 105.** La oportunidad del pago está definida por los plazos del procedimiento de liquidación del contrato de obra, así siguiendo al ya citado artículo 211 del RLCE la ENTIDAD tenía el plazo de 60 días para pronunciarse respecto a la liquidación presentada por el CONTRATISTA, en el presente caso la ENTIDAD se pronunció con la Resolución de Alcaldía № 215-2016-MDCHH/A el 07 de setiembre del 2016, es decir al 58º día de recepcionada la liquidación, fecha que se deberá considerar como la oportunidad en que se debió dar la conformidad vía acto resolutivo, a partir de allí se debe computar el plazo de 15 días calendario *“para que la ENTIDAD cumpla con el pago”* tal como le menciona el artículo 181 del RLCE, en consecuencia el pago debió realizarse el 22 de setiembre del 2016, no habiéndose efectuado el pago, esta será la oportunidad desde la cual se debe computar los intereses correspondientes.
- 106.** Considerando que las partes en controversia no han determinado el tipo de interés que se pagaría, sea moratorio o compensatorio, corresponderá que el tipo de interés a pagar sea el legal, tal como se regula el artículo 1246 del Código Civil.

CUARTO PUNTO EN CONTROVERSIA

Determinar a quien corresponde el pago de las costas y costos arbitrales

POSICIÓN DEL ÁRBITRO

1. Que, a fin de determinar a quien y en que proporción le corresponde asumir los costos arbitrales el Árbitro Único tiene presente el artículo 70 de la Ley de Arbitraje el cual establece que el Árbitro fijará en el laudo los costos del arbitraje. Asimismo, se debe tener en cuenta que, el numeral 1 del artículo 73 de la Ley de Arbitraje, dispone que:

“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.”

108. Que, además de lo antes expuesto, los costos incluyen (i) los honorarios y gastos del tribunal arbitral; (ii) los honorarios y gastos del secretario; (iii) los gastos administrativos de la institución arbitral; (iv) los honorarios y gastos de los peritos o de cualquier otra asistencia requerida por el tribunal arbitral; (v) los gastos razonables incurridos por las partes para su defensa en el arbitraje; (vi) los demás gastos razonables originados en las actuaciones arbitrales.

109. Al respecto consideramos que han existido motivos suficientes para las partes para discutir en el presente arbitraje por lo que corresponde que cada parte asuma sus costos del proceso arbitral.

110. En atención a lo señalado en el numeral anterior corresponde que la ENTIDAD pague al CONTRATISTA la suma S/ 18,493.04 (Dieciocho Mil Cuatrocientos Noventa y Tres con 04/100 soles) por concepto de honorarios arbitrales del Árbitro Único y del Secretario Arbitral asumidos en subrogación durante la tramitación de las actuaciones arbitrales.

LAUDO

111. Finalmente, el Árbitro Único deja constancia que para la expedición de este Laudo ha analizado todos los argumentos de defensa expuestos por las partes y ha examinado cada una de las pruebas aportadas por éstas de acuerdo a las reglas de la sana crítica y al principio de libre valoración de la prueba y que el sentido de su Decisión es el resultado de ese análisis y de su convicción sobre la controversia, al margen de que algunas pruebas presentadas o actuadas y algunos de los argumentos esgrimidos por las

partes no hayan sido expresamente citados en el presente laudo, habiendo tenido también presente durante la tramitación de todo este proceso arbitral y en la expedición de este laudo, los principios que orientan y ordenan todo arbitraje y que fueron consignados en el Acta de Instalación.

112. Estando a las consideraciones precedentes, en Derecho y dentro del plazo correspondiente, el Árbitro Único

RESUELVE:

Primero: DECLARAR FUNDADO el Primer Punto en Controversia por lo que corresponde declarar nula la Resolución de Alcaldía Nº 215-2016/MDCHH/A, emitida el 07 de setiembre del 2016 por la Municipalidad Distrital de Chavín de Huántar.

Segundo: DECLARAR FUNDADO el Segundo Punto en Controversia por lo que corresponde reconocer a la Liquidación Final materia del Contrato Nº 044-2010-MDCHH/GM, para la ejecución de la obra: "Mejoramiento de la Capacidad resolutive del Centro de Salud, Chavín Micro Red Mosna, Red Huari, DISA – Ancash" presentada por Consorcio Mosna y tenerse por aprobada por un monto total de S/. 5'334,473.75 (cinco millones trescientos treinta y cuatro mil cuatrocientos setenta y tres y 75/100 soles)

Tercero: DECLARAR FUNDADO el Tercer Punto en Controversia por lo que corresponde ordenar a la Municipalidad Distrital de Chavín de Huántar pague a Consorcio Mosna la suma de S/. 688,544.17 (seis cientos ochenta y ocho mil quinientos cuarenta y cuatro y 17/100 soles) por concepto de saldo a favor de la liquidación final proveniente del reajuste, más los interés legales generados desde el 22 de setiembre del 2016 hasta su cancelación.

Cuarto: FIJAR como honorarios definitivos del presente arbitraje los señalados en el presente laudo, conforme al artículo 70° de la Ley de Arbitraje y **DECLARAR** que no hay condena de costos en el presente arbitraje, debiendo cada una de las partes asumir en proporciones iguales los gastos arbitrales incurridos con ocasión de su tramitación, en consecuencia se ordena a la Municipalidad Distrital de Chavín de Huántar que pague a Consorcio Mosna la suma S/ 18,493.04

Árbitro Único

Mario Eduardo Vicente Gonzalez Peralta

(Dieciocho Mil Cuatrocientos Noventa y Tres con 04/100 soles) por concepto de honorarios arbitrales del Árbitro Único y de Secretaría Arbitral asumidos en subrogación durante la tramitación de las actuaciones arbitrales del presente arbitraje.

Cuarto: AUTORÍCESE a la Secretaría Arbitral para poner en conocimiento del Organismo Supervisor de las Contrataciones con el Estado – OSCE la culminación de las actuaciones arbitrales y su archivo correspondiente ordenados mediante el presente laudo.



MARIO EDUARDO VICENTE GONZALEZ PERALTA
Árbitro Único

JOSÉ RODRIGO ROSALES RODRIGO
Secretario Arbitral