

4.62
Tribunal Arbitral
Luz Jessica Eguía Cortéz
Marco Antonio Martínez Zamora
Denisse Uliana León Castro

**LAUDO ARBITRAL DE DERECHO
CASO ARBITRAL N° 001-2009
CÁMARA DE COMERCIO DE PIURA**

Demandante: COMPAÑÍA INDUSTRIAL DE CONSTRUCCIÓN Y SERVICIOS
MÚLTIPLES SAC (EN ADELANTE COICOSER)

Demandado: MUNICIPALIDAD PROVINCIAL DE SULLANA (EN ADELANTE LA
ENTIDAD)

Tribunal Arbitral
Luz Jessica Eguía Cortéz
Marco Antonio Martínez Zamora
Denisse León Castro

Piura, 07 de junio de 2010

VISTOS:

Con fecha 07 de junio de 2010 el expediente correspondiente al Expediente Arbitral 001-2009 seguido en Arbitraje Institucional a cargo de la Cámara de Comercio de Piura ante el Tribunal Arbitral presidido por Luz Jessica Eguía Cortéz e integrado adicionalmente por los señores Marco Antonio Martínez Zamora, y Denisse León Castro, sobre la demanda interpuesta por COICOSER contra la Municipalidad Provincial de Sullana por la cual solicitan que se apruebe el Adicional de Obra N° 02, se deje sin efecto la penalidad por mora y se reconozca, de modo accesorio, el monto de S/. 205,281.90 por ejecución del Adicional N° 02, se deje sin efecto la penalidad por mora por S/. 42,097.71 y se reconozcan gastos generales por la suma de S/. 10,531.74, llevada a cabo la Audiencia de Saneamiento, Fijación de Puntos Controvertidos y Actuación de Pruebas, así como la Audiencia de Informes Orales, concluido el plazo para la presentación de los Alegatos, estando dentro del plazo para laudar y atendiendo a lo siguiente:

OBJETO DE LA PRESENTE CONTROVERSIA:

De conformidad con la Audiencia de Conciliación y Fijación de Puntos Controvertidos llevada a cabo el 29 de diciembre de 2009, luego de no haberse podido alcanzar acuerdo conciliatorio alguno al no haber asistido la Entidad, corresponde a este Tribunal Arbitral pronunciarse sobre lo siguiente:

1. Determinar si opera el plazo de caducidad en la interposición de la presente demanda interpuesta por COICOSER.

Tribunal Arbitral
Luz Jessica Eguía Cortéz
Marco Antonio Martínez Zamora
Denisse Uliana León Castro

2. Determinar si procede que la Entidad apruebe el Adicional N° 02 derivado de la Ejecución del Contrato N° 004-2008/MPS-G-AS.J por el monto de S/. 205,281.90 (Doscientos cinco mil doscientos ochenta y uno y 90/100 nuevos soles), más intereses, costas y costos.
3. Determinar si corresponde que la Entidad deje sin efecto la penalidad por mora por el monto de S/. 42,097.71 (Cuarenta y dos mil noventa y siete y 71/100 nuevos soles).
4. Determinar si corresponde que la Entidad pague a favor de la demandante los gastos generales por ampliación de plazo de veinte (20) días por un monto equivalente a la suma de S/. 10,531.74 (Diez mil quinientos treinta y uno y 74/100 nuevos soles) por concepto de gastos generales por los veinte (20) días de ampliación de plazo por el plazo de ejecución del Adicional N° 02.
5. Determinar, si en forma subordinada a la pretensión de reconocimiento del Adicional N° 02, si corresponde a la Entidad abonar la suma de S/. 205,281.90 (Doscientos cinco mil doscientos ochenta y uno y 90/100 nuevos soles), por concepto de enriquecimiento sin causa.
6. Determinar a que parte le corresponde asumirlos costos y costas del arbitraje, al ser un aspecto inherente a la función arbitral.

Cabe señalar que en la misma acta de Conciliación y Fijación de Puntos Controvertidos, el Tribunal Arbitral de modo expreso se reservó el derecho de analizar y, en su caso, resolver, los puntos controvertidos no necesariamente en el orden en el que han sido señalados en dicha Acta, pudiendo incluso omitir con expresión de razones el pronunciamiento sobre algún punto controvertido si ello careciera de fundamentos en razón al pronunciamiento sobre otro u otros puntos controvertidos con los que el omitido guarde vinculación, así como ajustar o reformular los puntos controvertidos si ello resultara a juicio del Tribunal más conveniente para resolver las pretensiones formuladas por las partes, sin que el orden empleado o el ajuste, omisión o interpretación genere nulidad de ningún tipo, sin excederse de la materia sometida a este arbitraje.

ANTECEDENTES Y FUNDAMENTOS DE HECHO

1. Con fecha 28 de enero de 2008, la Municipalidad Provincial de Sullana y la empresa Compañía Industrial de Construcción y Servicios Múltiples S.A.C. (COICOSER SERVICIOS MULTIPLES SAC) celebraron el Contrato de Ejecución de Obra N° 0004-2008/MPS-GAS.J derivado de la Adjudicación Directa Pública por PSA N° 0007-2008/MPS-CEPADOyCO para la Rehabilitación del Sistema de Agua Potable y Alcantarillado entre las Calles San Juan (Sullana) y La Arena (Bellavista) por un monto total ascendente a S/. 710,398.92 y un plazo de ejecución de noventa días calendarios contados

Tribunal Arbitral
Luz Jessica Eguía Cortéz
Marco Antonio Martínez Zamora
Denisse Uliana León Castro

a partir del día siguiente de cumplidas las condiciones para el inicio de la fecha de ejecución contractual.

2. Mediante Resolución de Alcaldía N° 1355-2008/MPS la Entidad aprueba el Adicional de Obra N° 01 por S/. 277,375.84 y los Deductivos de Obra N° 01 y N° 02 por S/. 150,685.92 y S/. 57,956.99, respectivamente. Tales variaciones estuvieron sustentadas en defectos del expediente técnico. Conforme a dichos cambios y otros hechos relevantes al presente caso, el nuevo plazo de ejecución actualizado, pasó a ser el día 25 de septiembre de 2008.
3. Mediante Oficio N° 125-2008-COICOSER MULTIPLES SAC el Contratista solicita un Adicional de Obra N° 02, por considerar que el expediente técnico del adicional que – según afirma – habría sido aprobado unilateralmente por la Entidad, no estaría formulado como corresponde en sus especificaciones técnicas, metrados y presupuesto, debiendo abonársele, vía adicional, un monto ascendente a S/. 205,281.90.
4. Con fecha 15 de octubre de 2008 se habrían concluido los trabajos contratados, incluidos los que eran objeto de solicitud de Adicional de Obra N° 02.
5. Con fecha 24 de octubre de 2008, mediante Resolución de Alcaldía N° 1968-2008/MPS la Entidad desestima el pedido de COICOSER, por considerar que al tratarse de un proceso a suma alzada, no corresponde su aprobación. Debe señalarse sin embargo, que en su parte resolutive la Entidad no hace referencia al Adicional N° 02, que era el pedido específico del Contratista, sino a la denegatoria de una Ampliación de Plazo N° 02, cuya presentación y existencia no se evidencia del expediente.
6. Con fecha 15 de diciembre de 2008, la Entidad le manifiesta al Contratista mediante su Oficio N° 0539-2008/MPS-SDUel, que le corresponde una penalidad total de S/. 42,097.71 por un total de veinte (20) días de atraso.
7. Con fecha 13 de enero de 2009 COICOSER solicitó ante la Cámara de Comercio de Piura el inicio de proceso arbitral de derecho, a fin de que se los reconozcan las pretensiones detalladas en la parte introductoria y Objeto del presente laudo, específicamente la aprobación del adicional de obra N° 02, la no aplicación de penalidades, una ampliación de plazo por veinte (20) días y sus gastos generales y, subordinadamente, el reconocimiento de los trabajos ejecutados a los que se contraía la indicada ampliación de plazo N° 02.
8. Mediante escrito de fecha 14 de enero de 2009 presentado el día 15 de los mismos, la Cámara de Comercio de Piura observa el pedido de arbitraje formulado por COICOSER.
9. Con fecha 19 de enero de 2009, COICOSER subsana su petición arbitral.

65

Tribunal Arbitral
Luz Jessica Eguía Cortéz
Marco Antonio Martínez Zamora
Denisse Uliana León Castro

10. Con fecha 25 de febrero de 2009, la Entidad se apersona ante la Cámara de Comercio de Piura solicitando que se desestime la pretensión de Adicional de Obra N° 02 de COICOSER por tratarse de un proceso convocado bajo la modalidad de suma alzada, así como designa como árbitro de parte a la abogada SUZANNE DAPHNE MEJIA LUNA. Por su parte, mediante escrito s/n COICOSER designa como árbitro a su cargo, al abogado MARCO ANTONIO MARTINEZ ZAMORA.
11. Ante la falta de acuerdo entre los árbitros designados, respecto del tercer árbitro y Presidente del Tribunal Arbitral, la Cámara de Comercio de Piura designó para dicha función al abogado Luis García Barreto, el mismo que no aceptó el cargo.
12. Mediante Resolución N° 003-2009/CSA-CAC-CCP del 14 de mayo de 2009 la Cámara de Comercio designó como tercer árbitro y Presidente del Tribunal Arbitral a la abogada LUZ JESSICA ELIZABETH EGUIA CORTEZ, quien aceptó el cargo con fecha 18 de mayo de los mismos.
13. Con fecha 30 de junio de 2009 se llevó a cabo el acto de Instalación de Tribunal Arbitral y fijación de las reglas del proceso, contándose con la participación de COICOSER y de la Entidad, así como de los tres árbitros integrantes del Tribunal Arbitral.
14. Con fecha 12 de agosto de 2009, dentro del plazo establecido en el Acta de Instalación del Tribunal Arbitral, COICOSER presentó su escrito de demanda y adjunta documentación sustentatoria.
15. Con fecha 10 de septiembre de 2009, la Entidad presenta su contestación de la demanda y deduce excepción de caducidad, adjuntando documentación sustentatoria.
16. Con fecha 18 de septiembre la abogada SUZANNE DAPHNE MEJIA LUNA formula renuncia a su cargo como integrante del Tribunal Arbitral, al haber sido designada Fiscal Adjunta Provincial de Piura. Dicha renuncia es aceptada mediante Resolución N° 004-2009/CSA-CAC-CCP de la Cámara de Comercio de Piura.
17. Con fecha 03 de noviembre de 2009 la abogada DENISSE ULIANA LEON CASTRO acepta su designación como árbitro integrante del Tribunal Arbitral a cargo del presente caso, en sustitución de la abogada SUZANNE DAPHNE MEJIA LUNA
18. Con fecha 03 de noviembre de 2009, COICOSER presenta el escrito denominado "Absolución al escrito de contestación de la demanda" y adjunta documentación sustentatoria.
19. Con fecha 29 de diciembre de 2009 se llevó a cabo la Audiencia de Conciliación y Fijación de Puntos Controvertidos, contándose con la presencia de los miembros del Tribunal Arbitral y de un representante de

Tribunal Arbitral
Luz Jessica Eguía Cortéz
Marco Antonio Martínez Zamora
Denisse Uliana León Castro

COICOSER. La Entidad no asistió pese a haber sido debidamente notificada del acto.

Con anterioridad a dicha audiencia, las partes presentaron diversos escritos relativos a su participación en el proceso arbitral.

20. Con fecha 08 de marzo de 2010, se llevó a cabo la Audiencia de Ilustración que corresponden contándose con la presencia de los miembros del Tribunal Arbitral y de un representante de COICOSER, siendo que la Entidad no asistió pese a haber sido debidamente notificada del acto. En dicha audiencia, se otorgó a las partes un plazo de quince (15) días hábiles para la formulación de sus Alegatos.
21. La Entidad presentó sus Alegatos con fecha 11 de febrero de 2010, es decir con anterioridad a la Audiencia de Ilustración. Por su parte, COICOSER lo hizo el 19 de marzo de 2010.
22. Habiéndose establecido plazo y prorrogado de conformidad con lo establecido en el numeral 19 del Acta de Instalación, la fecha final definitiva para expedir y notificar el presente laudo, vence el día 09 de junio de 2010, dentro de cuyo plazo se procede con dicha obligación del Tribunal Arbitral.

MEDIOS PROBATORIOS

En cuanto a los medios probatorios, estos son los ofrecidos por COICOSER en su escrito de demanda y en su escrito denominado "Absolución al escrito de contestación de la demanda", así como los medios probatorios presentados por la Entidad los que si bien fueron presentados de modo extemporáneo con la contestación de su demanda han sido incorporados de oficio por este Tribunal Arbitral.

COMPETENCIA DEL PRESENTE TRIBUNAL

De conformidad con lo establecido en la Cláusula Arbitral así como respecto a la sujeción efectuada por ambas partes mediante sendas comunicaciones dirigidas a la Cámara de Comercio de Piura y los demás actos producidos como consecuencia de ellos, queda claro el presente Tribunal es competente para resolver la controversia suscitada entre las partes, como arbitraje de Derecho y bajo las reglas del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Piura.

CONSIDERANDO:



Tribunal Arbitral
 Luz Jessica Eguía Cortéz
 Marco Antonio Martínez Zamora
 Denisse Uliana León Castro

1. Al respecto, el análisis que se efectúe debe tenerse en cuenta que estamos ante un contrato suscrito en el marco del régimen de contratación pública y sujeto a sus reglas privativas, siendo que al respecto es pertinente lo expresado por el Tribunal Constitucional en el acápite 12 de los Fundamentos de la sentencia recaída en el Expediente N° 020-2003-AI/TC¹, que al referirse al objeto del artículo 76° de la Constitución Política, relativo a la constitucionalidad de dicho régimen, sostiene que:

"La función constitucional de esta disposición es determinar y, a su vez, garantizar que las contrataciones estatales se efectúen necesariamente mediante un procedimiento peculiar que asegure que los bienes, servicios u obras se obtengan de manera oportuna, con la mejor oferta económica y técnica, y respetando principios tales como la transparencia en las operaciones, la imparcialidad, la libre competencia y el trato justo e igualitario a los potenciales proveedores. En conclusión, su objeto es lograr el mayor grado de eficiencia en las adquisiciones o enajenaciones efectuadas por el Estado, sustentado en el activo rol de principios antes señalados (...)" (El subrayado es nuestro).

2. De este modo, el nivel de exigencias formales y sustanciales contempladas en el contrato, así como la interpretación adoptada, no pueden ser vistas de modo aislado, sino conforme a los objetivos descritos en los párrafos anteriores, teniéndose en cuenta las disposiciones aplicables al régimen de contratación estatal y, conforme a ello, de los principios y reglas que la sostienen, dentro de las cuales debe tenerse en cuenta el necesario equilibrio entre las partes que intervienen.
3. Bajo esta premisa inicial, pasaremos a analizar los puntos controvertidos establecidos en el Acta de Conciliación y Fijación de Puntos Controvertidos, los cuales son los siguientes:
 - i) Determinar si opera el plazo de caducidad en la interposición de la presente demanda interpuesta por COICOSER;
 - ii) Determinar si procede que la Entidad apruebe el Adicional N° 02 derivado de la Ejecución del Contrato N° 004-2008/MPS-G-AS.J por el monto de S/. 205,281.90 (Doscientos cinco mil doscientos ochenta y uno y 90/100 nuevos soles), más intereses, costas y costos;
 - iii) Determinar si corresponde que la Entidad deje sin efecto la penalidad por mora por el monto de S/. 42,097.71 (Cuarenta y dos mil noventa y siete y 71/100 nuevos soles);
 - iv) Determinar si corresponde que la Entidad pague a favor de la demandante los gastos generales por ampliación de plazo de veinte

¹ Colegio Químico Farmacéutico Departamental de Lima contra la Tercera Disposición Final de la Ley N° 27635 en cuanto establece la adquisición de medicamentos destinados a establecimientos hospitalarios del Ministerio de Salud, ESSALUD y las Sociedades de Beneficencia Pública mediante el mecanismo de la Bolsa de Productos.

Tribunal Arbitral
Luz Jessica Eguía Cortéz
Marco Antonio Martínez Zamora
Denisse Uliana León Castro

(20) días por un monto equivalente a la suma de S/. 10,531.74 (Diez mil quinientos treinta y uno y 74/100 nuevos soles) por concepto de gastos generales por los veinte (20) días de ampliación de plazo por el plazo de ejecución del Adicional N° 02;

- v) Determinar, si en forma subordinada a la pretensión de reconocimiento del Adicional N° 02, si corresponde a la Entidad abonar la suma de S/. 205,281.90 (Doscientos cinco mil doscientos ochenta y uno y 90/100 nuevos soles), por concepto de enriquecimiento sin causa y;
- vi) Determinar a que parte le corresponde asumir los costos y costas del arbitraje, al ser un aspecto inherente a la función arbitral.

Queda claro, que en primer lugar deberá resolverse si respecto de la presente demanda, ha operado el plazo de caducidad, a efectos de determinar si procesalmente, podía COICOSER interponer la presente demanda.

SOBRE LA CADUCIDAD DEDUCIDA POR LA ENTIDAD

- 4. La Entidad ha señalado, que en el presente caso habría operado la caducidad de la pretensión de COICOCER, por cuanto este no habría cumplido con formular su solicitud arbitral dentro del plazo de caducidad de quince (15) días establecido en el Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, aprobado mediante Decreto Supremo N° 084-2004-PCM y sus normas modificatorias.

Para tales efectos, sostiene que la solicitud de Adicional N° 02 habría sido formulada con posterioridad a la fecha de vencimiento del plazo contractual, plazo que indica se habría cumplido el 25 de septiembre de 2008, siendo que tal adicional no habría sido solicitado sino hasta el 06 de octubre de 2008, por lo cual al haber sido solicitado vencido el plazo del contrato ha operado la caducidad, más aún si se tiene en cuenta que asimismo habrían transcurrido los indicados quince (15) días hábiles para su formulación.

- 5. Por su parte, sobre este punto, COICOSER señala que formalmente la Entidad no le denegado de modo formal su pedido de Adicional de Obra N° 02, puesto que en estricto únicamente le ha denegado la Ampliación de Plazo N° 02, pedido que nunca efectuó.

En este sentido, sostiene que tendría expedito su derecho a reclamar máxime si la Entidad no habría resuelto su pedido de nulidad² respecto de la resolución de alcaldía que deniega un inexistente pedido de Ampliación de Plazo N° 02. a presente controversia en la vía arbitral, máxime si el contrato no habría concluido. A mayor abundamiento, agrega que si bien presentó su solicitud el 06 de octubre, dentro del cronograma de ejecución del Adicional N° 02 ello implicaba estar dentro del plazo contractual.

² Formulado mediante escrito de fecha 17 de noviembre de 2008.

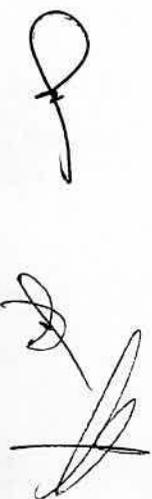
6. Sobre el tema aludido en el presente subtítulo, cabe tener en cuenta que la Entidad no presentó su demanda dentro del plazo conferido de conformidad con lo establecido en el Acta de Instalación del presente arbitraje, por lo que el presente extremo no podrá ser tramitado como una excepción. Sin embargo, tratándose de un hecho esencial para determinar la pertinencia de analizar las cuestiones de fondo demandadas por COICOSER se pasará a analizar, teniéndose en cuenta que dilucidar si se ha producido o no un supuesto de caducidad de la pretensión, es uno de los temas expresamente incluidos dentro de los puntos controvertidos de la presente causa.
7. Siendo así, cabe determinar si en el presente caso, puede hablar válidamente de un supuesto de caducidad respecto de la pretensión de COICOSER. Son varios los factores que se deben tener en cuenta – tal como son los siguientes:
- 7.1. **Vigencia del contrato.**- Un primer tema que debe tenerse en cuenta es que el contrato – según los términos del Texto Único Ordenado de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado (D.S. 084-2004-PCM y normas modificatorias), norma aplicable al presente caso, establecía de modo meridiano, que el contrato concluía – en el caso de obras – con su liquidación conforme³. En este sentido, no debe confundirse el plazo formal del contrato, es decir el plazo pactado o el plazo ampliado de común acuerdo entre las partes, con su culminación definitiva, hecho que no se da sino hasta la aprobación de la liquidación formal.

En este sentido, en el caso que nos ocupa, al 06 de octubre de 2008, fecha anterior a la entrega de la obra y por el mismo motivo anterior a la conformidad de la liquidación el contrato continuaba existente, con prescindencia de si se encontraba en mora o no (hecho que deberá ser dilucidado más adelante).

En esta línea, no debe confundirse la pertinencia de dilucidar la aprobación o no de un adicional, con la pertinencia de aprobar o no una ampliación de plazo. Sólo en este segundo caso la norma es explícita cuando solicita para su procedencia que continúe aún vigente el plazo contractual y no solamente el contrato mismo (vencido o no su plazo formal de ejecución).

- 7.2. **Carácter continuo o discontinuo de los adicionales.**- Por otro lado, debe tenerse en cuenta que los adicionales de obra no requieren necesariamente una continuidad con el plazo del contrato, pues pueden ser aprobados e incluso solicitados posteriormente, con el único requisito de que el contrato no hay culminado. Reiteramos una vez más

³ Con la actual legislación el contrato se extiende aún más, pues solo concluye con el pago definitivo al Contratista.



Tribunal Arbitral
Luz Jessica Eguía Cortéz
Marco Antonio Martínez Zamora
Denisse Uliana León Castro

que no debe confundirse vencimiento del plazo del contrato con conclusión del contrato.

7.3. **Resolución cierta.**- Un hecho no menos relevante, es el que se refiere al documento sobre el cual la Entidad sostiene que habría negado el Adicional N° 02 a la Entidad, específicamente la Resolución de Alcaldía N° 1968-2008-MPS, la que en estricto deniega la Ampliación de Plazo N° 02, jamás solicitada, pero que en su parte resolutive no dice nada respecto del Adicional N° 02, que si fuera solicitada por el actual demandante. Consecuentemente, no pude invocar la Entidad dicha resolución como documento justificante de una eventual caducidad de la pretensión de COICOSER, puesto que estando vigente el contrato (en tanto no se conciente su liquidación) y no habiéndose pronunciando de modo claro y específico respecto de su pedido, no resulta pertinente la caducidad deducida.

8. Sin perjuicio de lo anterior, debe tenerse en cuenta que el párrafo 53.2 del artículo 53° de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado (en adelante LCAE) aplicable al presente caso, establece que "(...) las controversias que surjan entre las partes sobre la ejecución, interpretación, resolución, inexistencia, ineficacia o invalidez del contrato, se resolverán mediante conciliación y/o arbitraje, según el acuerdo de las partes, debiendo solicitarse el inicio de estos procedimientos en cualquier momento anterior a la culminación del contrato. Este plazo es de caducidad." Nótese, en este sentido, que el plazo propiamente dicho en el que quedaría caduco el derecho a recurrir al arbitraje, no ha sido previsto de modo expreso, sino que corresponde a una fórmula abierta, carente de un plazo específico de vigencia.

9. Por el contrario, el último párrafo del artículo 232° de su Reglamento, señala que "Cualquier controversia relacionada con la ampliación de plazo (...) podrá ser sometida a conciliación y/o arbitraje dentro de los quince (15) días posteriores a la comunicación de esta decisión,", siendo que el artículo 273° del mismo cuerpo legal, al regular el arbitraje y los plazos previstos en diversos artículos de la norma reglamentaria - incluido el artículo 232° los califica de modo expreso como plazos de caducidad.

10. Tenemos así que la caducidad se encuentra prevista de modo amplio e impreciso en la LCAE, limitada únicamente con la vigencia del contrato, mientras que en el caso de la norma reglamentaria, se establece de modo expreso un plazo cierto y específico, en este caso de quince (15) días hábiles. La pregunta que salta de la simple comparación de ambos dispositivos es sencilla ¿Puede establecerse un plazo de caducidad por una norma de carácter reglamentario, de rango menor a la ley?

11. Sobre el particular, debemos recordar que la caducidad es una institución jurídica que se encuentran regulada en los artículos 2003° al 2007° del Código Civil, no existiendo regulación al respecto ni en la LCA ni en el

RLCA. Según lo establece el Código Civil la caducidad tiene por efecto extinguir un derecho y con ello la acción relacionada con el mismo.

De este modo, "el instituto de caducidad, (...), se parecía el imperativo de la ley por asegurar una situación jurídica, lo que se explica por su íntima vinculación con el intereses colectivo y la seguridad jurídica (...)" Resolución Cas N°. 2566-99-Callao

12. Como se puede apreciar, la caducidad es una institución que busca mantener la seguridad jurídica velando por el intereses colectivo y que intereses individuales no perjudiquen a los colectivos. Por lo tanto, y en relación a lo anterior, en el artículo 2004° del Código Civil se ha establecido el principio de legalidad en relación con los plazos de caducidad; con la finalidad que no se haga un uso abusivo de la misma. .

El mencionado artículo establece:

Art. 2004.- Legalidad en plazos de caducidad.
Los plazos de caducidad los fija la ley, sin admitir pacto contrario.
(EL SUBRAYADO ES NUESTRO)

13. Así, de lo expuesto hasta el momento, se puede apreciar la existencia de una situación de desavenencia entre la LCA que no establece un plazo cierto y específico de caducidad, respecto del RLCA (que si lo establece), como de este último con las disposiciones del Derecho Común, que de modo específico y especializado regula el instituto de la caducidad o extinción de un derecho y la acción correspondiente, en el que establece que tal medida (la caducidad) sólo puede estar contemplada en una norma con rango de ley.

14. Siguiendo con el razonamiento anterior resulta importante mencionar lo establecido por los artículos y IX del Título Preliminar del Código Civil, que establecen:

Artículo I.- Abrogación de la ley

La ley se deroga solo por otra ley. La derogación se produce por declaración expresa, por incompatibilidad entre la nueva ley y la anterior o cuando la materia de esta es íntegramente regulada por aquella.

Por la derogación de una ley no recobran vigencia las que ella hubiere derogado.

Artículo IX.- Aplicación supletoria del Código Civil

Las disposiciones del Código Civil se aplican supletoriamente a las relaciones y situaciones jurídicas reguladas por otras leyes, siempre que no sean incompatibles con su naturaleza.

Tribunal Arbitral
Luz Jessica Egúía Cortéz
Marco Antonio Martínez Zamora
Denisse Uliana León Castro

15. La parte final del segundo párrafo del artículo 201° del RLCA reafirma la aplicación supletoria del Código Civil, en cuanto establece, que en adición a las normas privativas de contratación pública resultan igualmente aplicables de modo supletorio las disposiciones del Código Civil. Siendo así, ha quedado claramente establecido que el Código Civil determina que los plazos de caducidad se establecen por ley y, sus disposiciones son de aplicación supletoria a las disposiciones establecidas en la normativa relacionada con las contrataciones estatales, siendo deber del Tribunal Arbitral ceñirse, en este sentido, a la preeminencia de la norma superior, máxime si de lo que se trata, en este tema, es del ejercicio o no de un derecho sustantivo.

16. Por todo lo expuesto, en el presente caso, cabe desestimar la existencia de un supuesto de caducidad de la pretensión, debiendo por tanto a analizarse los aspectos de fondo, deducidos por el demandante y contestados por el demandado.

17. En esta línea, debe tenerse en cuenta que el objeto principal de la presente demanda arbitral, es determinar si procede aprobar el Adicional de Obra N° 02, aspecto que debe ser analizado necesariamente en forma conjunta con su pretensión subordinada, esto es, si cabe reconocerle vía enriquecimiento sin causa una cantidad ascendente a la suma de S/. 205,281.90 (Doscientos cinco mil doscientos ochenta y uno y 90/100 nuevos soles).

APROBACION DE ADICIONAL N° 02

18. Determinado que en el presente caso no resulta pertinente declarar la caducidad de la pretensión de COICOSER, cabe determinar si corresponde aprobar el Adicional N° 02 solicitado por dicha parte, por un monto ascendente a la suma de 205,281.90 (Doscientos cinco mil doscientos ochenta y uno y 90/100 nuevos soles).

19. Sobre este punto, COICOSER sustenta su pretensión en su solicitud de Adicional de Obra N° 02 de fecha 06 de octubre de 2008, en el Peritaje Técnico elaborado por el Perito Luis Alberto Benites Ávalos (CIP N° 38306) y en el Cuaderno de Obra donde habría consignado la necesidad de tales adicionales, sin que haya existido respuesta alguna por parte de la Entidad. Todo ello, siempre según la posición de COICOSER, sobre la base de sendos errores en el Expediente Técnico de la Obra y en el carácter insuficiente que habrían tenido el Adicional de Obra N° 01 y los Deductivos 01 y 02.

20. Por su parte, la Entidad en su contestación de la demanda, no niega la existencia de mayores metrados o trabajos ejecutados, sino que esa especial énfasis en el carácter extemporáneo del pedido efectuado por su contraparte, la falta de requisitos formales para la tramitación de tal pedido de Adicional de Obra y el hecho de que las mayores prestaciones solicitadas por COICOSER a tenor de su propia información, ya se hallaban ejecutadas, lo que haría imposible la aprobación de dicho adicional.

Tribunal Arbitral
Luz Jessica Eguía Cortéz
Marco Antonio Martínez Zamora
Denisse Uliana León Castro

- 21. Sobre este tema, el Tribunal luego de una exhaustiva lectura de los documentos que obran en el expediente, así como de lo expresado por cada una de las partes, ha llegado a la convicción de que efectivamente ha habido defectos en el Expediente Técnico lo que ha llevado a la necesidad de realizar mayores prestaciones o utilizar mayor material, a favor de la debida conclusión de la obra, sin que el sistema de precios de la obra que en este caso es la suma alzada, sea óbice para reconocer las mayores unidades o calidades requeridas por defectos del expediente técnico (puesto que la suma alzada presupone que estos dos factores no serán objeto de variación alguna).
- 22. Sin embargo, no es menos cierto que al igual que la figura de la Ampliación de Plazo, el pedido de Adicional de Obra es una figura formal, que presupone el cumplimiento de determinados requisitos para su procedencia, entre los que se cuenta la aprobación previa por parte de la Entidad, esto es que sea esta la que en forma antelada a su implementación, determine si el contratista debe proceder o no a su ejecución.
- 23. Al respecto, el artículo 265° del Reglamento, señala que:

"Artículo 265.- Obras adicionales menores al quince por cien (15%)

Sólo procederá la ejecución de obras adicionales cuando previamente se cuente con disponibilidad presupuestal y resolución del Titular o la máxima autoridad administrativa de la Entidad, según corresponda, y en los casos en que sus montos, por si solos o restándole los presupuestos deductivos vinculados, sean iguales o no superen el quince por cien (15%) del monto del contrato original.

Excepcionalmente, en el caso de obras adicionales que por su carácter de emergencia, cuya no ejecución pueda afectar el ambiente o poner en peligro a la población, los trabajadores o a la integridad de la misma obra, la autorización previa de la Entidad podrá realizarse mediante comunicación escrita a fin de que el inspector o supervisor pueda autorizar la ejecución de tales obras adicionales, sin perjuicio, de la verificación que realizará la Entidad previo a la emisión de la Resolución correspondiente, sin la cual no podrá efectuarse pago alguno.

(...)

En los contratos de obra a suma alzada, los presupuestos adicionales de obra serán formulados con los precios del presupuesto referencial afectados por el factor de relación y/o los precios pactados, con los gastos generales fijos y variables del presupuesto referencial multiplicado por el factor de relación. Asimismo, debe incluirse la utilidad del presupuesto referencial multiplicado por el factor de relación y el impuesto general a las ventas (IGV) correspondiente."

(El subrayado es nuestro)

Tribunal Arbitral
Luz Jessica Eguía Cortéz
Marco Antonio Martínez Zamora
Denisse Uliana León Castro

- 24. En el caso que nos ocupa, COICOSER ha reconocido que al 06 de octubre de 2008 ya había ejecutado o venía ejecutando las indicadas mayores prestaciones, habida cuenta que su plazo de ejecución – tal como señala era de veinte (20) días contados entre el 25 de septiembre hasta el 15 octubre de 2008, que es justamente el período de penalidad que le imputa la Entidad, por lo que queda claro que su pedido de aprobación de Ejecución del Adicional de Obra N° 02 no fue efectuado de modo previo a su ejecución.
- 25. Es decir, no se puede aprobar como adicional metrados y prestaciones ya ejecutadas, razón **por la cual resulta pertinente declarar infundada la pretensión de COICOSER de que se determine la aprobación de la Entidad de aprobar el Adicional de Obra N° 02**, máxime si su monto – sumado al del Adicional N° 01 superaba el 15% del valor de contrato⁴, es decir superaba el monto máximo por el cual la Entidad *motu proprio* se encontraba facultada a aprobar como adicional de obra.
- 26. Siendo, cabe analizar si resulta pertinente la pretensión subordinada a la pretensión anterior, esto es, si corresponde reconocer la suma de 205,281.90 (Doscientos cinco mil doscientos ochenta y uno y 90/100 nuevos soles), por concepto de enriquecimiento sin causa.

ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA POR LA SUMA DE 205,281.90

- 27. Tal como hemos indicado en subtítulo anterior, este Tribunal ha llegado a la convicción de la existencia de mayores prestaciones ejecutadas por COICOSER a favor de la Entidad, como producto de los defectos existentes en el expediente técnico, los que de modo alguno pueden ser imputados al Contratista.
- 28. Al respecto, queda claro que no puede pretenderse que se plantee una relación de equilibrio en el contrato, en el contexto en el cual solo una parte, es decir el Contratista, debe seguir asumiendo el riesgo y costo de los defectos del expediente técnico. En el caso que nos ocupa, de la documentación del presente caso la Entidad debió prestar toda conducta o colaboración necesaria para lograr que la debida consecución del contrato, incluido el deber de responder a la consultas formuladas por el Contratista en el Cuaderno de Obra, no pudiendo beneficiarse de su propio silencio respecto de problemas concretos y reales planteados por su contraparte.

29. Al respecto, señala Diez Picazo⁵, señala que:

⁴ La Ley de Presupuesto aplicable para el año 2009 restituyó el porcentaje del 15% como máximo la Entidad para aprobar adicionales de obra sin necesidad de recurrir a la Contraloría General de la República.

⁵ Diez Picazo, Luis. "Fundamentos de Derecho Civil y Patrimonial". 5ta. Ed. Madrid, 1996. Vol. 2. Pg. 118.

Tribunal Arbitral
Luz Jessica Eguía Cortéz
Marco Antonio Martínez Zamora
Denisse Uliana León Castro

"Junto a este deber central del deudor que consiste en realizar la prestación central debida, aparece sin embargo, como ha puesto de relieve la doctrina alemana, toda una serie de deberes accesorios (Nebenpflichten). Los Códigos Civiles y los textos legales aluden a estos llamados deberes accesorios, al regular concretos tipos contractuales. El principio general de buena fe y el deber de comportamiento de acuerdo con los usos del tráfico, permiten una generalización de los mismos (...) y por tanto, un ensanchamiento del deber de prestación. Como quiera que el deudor tiene que actuar de acuerdo con las exigencias de buena fe y con referencia a unos determinados usos del tráfico, está obligado a hacer todo aquello que sea necesario para permitir que el acreedor consiga plenamente la prestación debida y obtenga con ella el resultado esperado. Esser señala que son deberes que no se concretan de manera inmediata en la prestación misma, sino que le sirven de apoyo y además la hacen idónea para el logro del fin a que se dirige. Por otra parte, no debe olvidarse que la función de la relación obligatoria consiste en proporcionar al acreedor un bien económicamente valioso para que satisfaga de esta manera un concreto interés" (Resaltado nuestro)

30. En otras palabras, la demandada tenía la obligación de cumplir la prestación central a su cargo, lo que conlleva inherentemente la obligación de realizar todos los actos necesarios encaminados al cumplimiento de aquella, siendo que en el presente caso la Entidad mostró una actitud de desinterés frente a la tramitación y resolución de los problemas suscitados, pese a que el contrato obliga a las partes a un verdadero deber de colaboración, que se reflejará en la esfera jurídica de su contraparte. Ambas partes tienen el deber de comportarse de manera tal que permita satisfacer el interés de la otra al contratar.
31. En cuanto a la figura del enriquecimiento sin causa propiamente dicho, esto no sólo se haya ligado de modo directo a la figura del equilibrio económico financiero de todo contrato, incluidos los contratos en los que interviene el Estado, sino que adicionalmente debe tenerse en cuenta que al estar referido al debido cumplimiento de un contrato y a su adecuada conclusión, resulta igualmente de competencia del arbitraje, máxime si – como en el caso que nos ocupa – el análisis de fondo es determinar si el Contratista ha sido retribuido debidamente o no, respecto de lo realmente aportado por el a la obra para la cual ha sido contratado, no pudiendo su contraparte beneficiarse de mayores prestaciones a las previstas, siempre que estas hayan sido efectuadas en su directo beneficio.
32. Al respecto, cabe recordar que ninguna circunstancia legal permite la abstención de pago que perjudica sólo a una de las partes contratantes, concretamente, el artículo 1954 del Código Civil rechaza los casos en los que una parte se beneficia a expensas de otro y, origina el derecho a pedir el resarcimiento equivalente al monto de su perjuicio. Es claro que quién recibe una cosa pagando menos de su valor o simplemente no pagándola, se enriquece con la diferencia. Simultáneamente, es claro también que quién entrega una cosa recibiendo a cambio menos de su

f

Tribunal Arbitral
Luz Jessica Eguía Cortéz
Marco Antonio Martínez Zamora
Denisse Uliana León Castro

valor o simplemente no recibiendo nada, se empobrece en la misma medida, hecho que debe ser remediado en el presente proceso arbitral.

33. Debe tenerse en cuenta que el Tribunal de Contrataciones y Adquisiciones del Estado del CONSUCODE en reiterada jurisprudencia administrativa, ha establecido la necesaria actuación de la Entidad dentro de los respectivos márgenes de razonabilidad, tal como se establece literalmente como regla general en la Sumilla de la Resolución N ° 363/2006.TC-SU del 30 de mayo de 2006, en cuanto se establece que "Las actuaciones y decisiones de las autoridades administrativas en el marco de un proceso de selección, deben sujetarse a criterios de razonabilidad así como a objetivos congruentes y proporcionados con el objeto de la convocatoria " (Que en este caso se puede entender como del objeto del contrato).

34. Sin embargo, el hecho de que se reconozca los mayores trabajos que habría efectuado COICOSER a favor de la Entidad, esto no implica una carta blanca - es decir un reconocimiento *per se* de la Entidad a favor del demandante, del total del monto por este reclamado. En esta línea, el hecho que la Entidad haya guardado silencio respecto al citado Peritaje Técnico elaborado por el Ingeniero Luis Alberto Benites Ávalos (CIP 38306) no implica su aprobación automática, siendo que los gastos a ser reconocidos deberán estar:

- a) Debidamente acreditados
- b) Haber incidido directamente a favor de la obra
- c) No tratarse de trabajos o material innecesario o repetitivo
- d) No tratarse de trabajos o material valorizados bajo cualquier otro medio.

35. Corresponde a las partes en liquidación de contrato los montos definitivos a abonar por el concepto al que se contrae el presente acápite. Si perjuicio de ello, las partes en forma previa y vía ejecución de laudo, conciliar dichos montos.

36. Consecuentemente, resulta pertinente declarar Fundada en Parte la pretensión analizada en este acápite, dentro de los límites establecidos en los numerales 34 y 35 de esta Fundamentación.

SOBRE LA AMPLIACIÓN DE PLAZO DE VEINTE (20) DÍAS Y RECONOCIMIENTO DE GASTOS GENERALES POR LA SUMA DE S/. 10,531.74

37. Este tema, esencialmente correspondiente al período comprendido entre el 25 de septiembre y el 15 de octubre de 2008. Sobre este lapso de tiempo, COICOSER considera que le amerita un reconocimiento de ampliación de plazo por veinte (20) días y los consecuentes gastos generales, mientras que la Entidad tiene a dicho período como un período de mora, debe ser analizado a la luz de los artículos 258° y 259° del Decreto Supremo N° 084-2004-PCM, Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones aplicable al presente caso y que analizaremos en los acápites siguientes.

38. En dicho contexto, el artículo 258° del Reglamento, define las causales que motivan la aprobación de ampliaciones de plazo, tal como sigue:

"Artículo 258.- Causales

De conformidad con el Artículo 42 de la Ley, el contratista podrá solicitar la ampliación de plazo pactado por las siguientes causales, siempre que modifiquen el calendario de avance de obra vigente:

- 1) *Atrasos y/o paralizaciones por causas no atribuibles al contratista;*
- 2) *Atrasos en el cumplimiento de sus prestaciones por causas atribuibles a la Entidad;*
- 3) *Caso fortuito o fuerza mayor debidamente comprobados."*

39. Ahora bien, el propio reglamento define una causal adicional, como consecuencia del propio desarrollo del proceso de selección y que se encuentra ligada al simple transcurso del tiempo, conforme se deduce de los dos primeros párrafos del artículo 259°:

"Artículo 259.- Procedimiento

Para que proceda una ampliación de plazo de conformidad con lo establecido en el Artículo precedente, durante la ocurrencia de la causal, el contratista, por intermedio de su residente, deberá anotar en el Cuaderno de Obra las circunstancias que a su criterio ameriten ampliación de plazo. Dentro de los quince (15) días siguientes de concluido el hecho invocado, el contratista o su representante legal solicitará, cuantificará y sustentará su solicitud de ampliación de plazo ante el inspector o supervisor, según corresponda, siempre que la demora haya afectado el calendario de avance vigente. En caso que el hecho invocado pudiera superar el plazo vigente de ejecución contractual, la solicitud se efectuará antes del vencimiento del mismo.

Dentro de los siete (7) días siguientes, el inspector o supervisor emitirá un informe expresando opinión sobre la solicitud de ampliación de plazo y lo remitirá a la Entidad. La Entidad emitirá resolución sobre dicha ampliación en un plazo máximo de diez (10) días, contados desde el día siguiente de la recepción del indicado informe. De no emitirse pronunciamiento alguno dentro de los plazos señalados, se considerará ampliado el plazo, bajo responsabilidad de la Entidad."

40. En este sentido, no debe olvidarse que la Ampliación de Plazo es un figura especial que no solo permite extender el plazo de vigencia de un contrato sino además genera de modo inmediato una obligación de

reconocimiento de gastos generales. Existen otras modalidades de extensión de un contrato o – al menos – de no retraso culpable del contratista, pero la ampliación de plazo es la única que adicionalmente generará una obligación de retribuir mayores gastos generales.

41. En el caso que nos ocupa, no existe un pedido formal de otorgamiento de Ampliación de Plazo, requisito esencial para su aprobación – ya sea de modo expreso o por silencio positivo de la Entidad. Tal como lo ha reconocido expresamente COICOSER en su escrito de demanda y escritos posteriores, no presentó el indicado pedido de ampliación de plazo, sino únicamente su pedido de Adicional N° 02.

Asimismo, como no se ha amparado el pedido de COICOCER respecto de la concesión del Adicional N° 02 del mismo modo no resulta pertinente asignarle un período adicional de contrato, ni consecuentemente sus gastos generales, **razón por la cual esta pretensión deviene en infundada.**

DETERMINAR SI CORRESPONDE QUE LA ENTIDAD DEJE SIN EFECTO LA PENALIDAD POR MORA POR EL MONTO DE S/. 42,097.71

42. El artículo 222° del Reglamento aplicable, establece de modo claro que sólo procede aplicar penalidad por mora al Contratista, cuando este ha incurrido en retraso atribuible a su parte, tal como se lee de lo siguiente:

Artículo 222.- Penalidad por mora en la ejecución de la prestación
En caso de retraso injustificado en la ejecución de las prestaciones objeto del contrato, la Entidad le aplicará al contratista una penalidad por cada día de atraso, hasta por un monto máximo equivalente al diez por cien (10%) del monto contractual o, de ser el caso, del ítem, tramo, etapa o lote que debió ejecutarse o de la prestación parcial en el caso de ejecución periódica. Esta penalidad será deducida de los pagos a cuenta, del pago final o en la liquidación final; o si fuese necesario se cobrará del monto resultante de la ejecución de las garantías de fiel cumplimiento o adicional por el monto diferencial de la propuesta.

(El subrayado es nuestro)

43. Es decir, no debe confundirse el otorgamiento o no de una ampliación de plazo, puesto que el supuesto contemplado en el artículo 222° es más amplio: Bastará al Contratista acreditar de modo suficiente que el retraso producido en el contrato no le es imputable.
44. En el caso que nos ocupa, se advierte que si bien a COICOSER no le corresponde el otorgamiento de ampliación de plazo ni gastos generales por los mayores veinte días tomados en la conclusión de los trabajos, hemos podido advertir – tal como se ha indicado anteriormente – que si han existido hechos no imputables al contratista, que en opinión de este Tribunal han ameritado que se tenga por no imputable al contratista el

69-

Tribunal Arbitral
Luz Jessica Eguía Cortéz
Marco Antonio Martínez Zamora
Denisse Uliana León Castro

lapso de veinte días contados entre la conclusión del plazo del contrato y la culminación de los trabajos encomendados, consecuentemente corresponde dejar sin efecto la penalidad por mora por parte de la Entidad.

COSTAS Y COSTOS DEL PROCESO

45. Atendiendo a que no existe pacto de las partes sobre las costas y costos y considerando el resultado de este arbitraje en el que en puridad no puede afirmarse que existe una "parte perdedora", ya que ambas partes tenían motivos suficientes y atendibles para litigar, habida cuenta que debían defender sus pretensiones en la vía arbitral, y que, además, el Árbitro Único considera el buen comportamiento procesal de las partes y la incertidumbre jurídica que existía entre ellas y que motivó el presente arbitraje, corresponde disponer que cada parte asuma directamente los gastos o costos que sufrió; esto es, que cada parte asume los gastos, costos y costas que incurrió y debió de incurrir como consecuencia del presente proceso, como son los honorarios del árbitro, secretario arbitral y demás que sean pertinentes.

Por las razones expuestas, de acuerdo con lo establecido por el Texto Único Ordenado de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, su Reglamento y la Ley General de Arbitraje, el árbitro resuelve lo siguiente y en Derecho;

LAUDA:

PRIMERO: Declarar que no opera el plazo de caducidad en la interposición de la presente demanda interpuesta por COICOSER.

SEGUNDO.- Declarar INFUNDADA la demanda arbitral interpuesta por COMPAÑÍA INDUSTRIAL DE CONSTRUCCIÓN Y SERVICIOS MÚLTIPLES SAC respecto a su pretensión de que la Municipalidad Provincial de Sullana apruebe el Adicional N° 02 derivado de la Ejecución del Contrato N° 004-2008/MPS-G-AS.J por el monto de S/. 205,281.90 (Doscientos cinco mil doscientos ochenta y uno y 90/100 nuevos soles), más intereses, costas y costos.

TERCERO.- Declarar FUNDADA la demanda arbitral interpuesta por COMPAÑÍA INDUSTRIAL DE CONSTRUCCIÓN Y SERVICIOS MÚLTIPLES SAC respecto a su pretensión de que la Municipalidad Provincial de Sullana deje sin efecto la penalidad por mora por el monto de S/. 42,097.71 (Cuarenta y dos mil noventa y siete y 71/100 nuevos soles).

Tribunal Arbitral
Luz Jessica Eguía Cortéz
Marco Antonio Martínez Zamora
Denisse Uliana León Castro

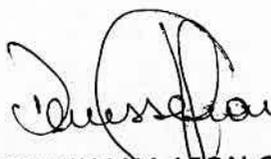
CUARTO: Declarar INFUNDADA la demanda arbitral interpuesta por COMPAÑÍA INDUSTRIAL DE CONSTRUCCIÓN Y SERVICIOS MÚLTIPLES SAC respecto a su pretensión de que la Municipalidad Provincial de Sullana pague a su favor los gastos generales por ampliación de plazo de veinte (20) días por un monto equivalente a la suma de S/. 10,531.74 (Diez mil quinientos treinta y uno y 74/100 nuevos soles) por concepto de gastos generales por los veinte (20) días de ampliación de plazo por el plazo de ejecución del Adicional N° 02.

QUINTO: Declarar FUNDADA EN PARTE la demanda arbitral interpuesta por COMPAÑÍA INDUSTRIAL DE CONSTRUCCIÓN Y SERVICIOS MÚLTIPLES SAC respecto a su pretensión de que la Municipalidad Provincial de Sullana pague la suma de S/. 205,281.90 (Doscientos cinco mil doscientos ochenta y uno y 90/100 nuevos soles), por concepto de enriquecimiento sin causa en la forma descrita en los numerales 34 y 35 de la Fundamentación.

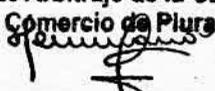
SEXTO: Disponer que las partes deberán asumir sus respectivas costas y costos procesales.

Notifíquese a las partes


MARCO ANTONIO MARTINEZ ZAMORA
ARBITRO


DENISSE ULIANA LEON CASTRO
ARBITRO


LUZ JESSICA EGUIA CORTEZ
PRESIDENTE

Centro de Arbitraje de la Cámara de
Comercio de Piura


SUSANA SEMINARIO VEGA
SECRETARIA GENERAL