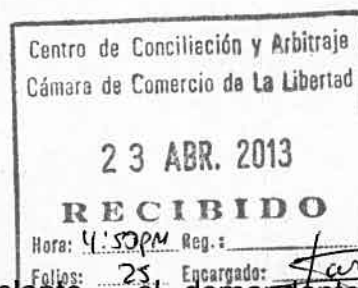


LAUDO ARBITRAL DE DERECHO



Partes:

Demandante: COAM Contratistas SAC (en adelante, ~~el demandante~~, el contratista o COAM)

Demandado: Municipalidad Provincial de Virú (en adelante, la Municipalidad o la Entidad o la demandada)

Tribunal Arbitral:

Doctor José Félix de la Puente Grijalba (Presidente)

Doctor Fidel Antonio Machado Frías

Doctor Sergio Tafur Sanchez

Resolución N° 13:

Trujillo, 17 de abril de 2013

VISTOS:

1. ANTECEDENTES:

Con fecha 09 de mayo de 2012, se instaló el Tribunal Arbitral, sin presencia de COAM pese a encontrarse debidamente notificados, otorgándose al demandante el plazo para presentar su demanda.

1.1 De la Demanda:

Abog. Sheyla L. Villalva Veneros
SECRETARIA GENERAL
Centro de Conciliación y Arbitraje Empresarial
Cámara de Comercio de La Libertad

Presentada la demanda dentro del plazo, se advierte que COAM señala como pretensión que se ordene a la Municipalidad que cumpla con el pago a su favor de la deuda total de la Liquidación Final del Contrato de Obra celebrado por las partes por el importe de S/. 319,218.29, así como una indemnización por daño emergente y lucro cesante por la suma de S/. 478,827.44, y el respectivo pago de intereses legales devengados y gastos arbitrales.

Sustenta el pedido señalando que se le adjudicó la Buena Pro de la Obra "Construcción de la infraestructura recreacional y vial en los sectores de Mendocita, Maria Caridad, Nuevo Puente Virú, Las Flores y Los Laureles del C.P. Puente Virú, Provincia de Virú – La Libertad", correspondiente a la Licitación Pública N° 002-2009-MPV/PI por un monto total contratado de S/. 2'971,819.54.

Señala que durante la ejecución de la obra se autorizaron Deductivos y Adicionales con ampliaciones de plazo de acuerdo a lo siguiente:

- "1.- Resolución N° 673-2010-MPV de fecha 14.09.2010
- | | |
|-----------------------|-------------------|
| Costo Adicional N° 01 | S/. 49,774.20 |
| Costo Deductivo N° 01 | S/. 51,829.40 |
| Ampliación de Plazo | 85 días naturales |
- 2.- Resolución N° 818-2010 MPV de fecha 15.11.2010
- | | |
|-----------------------|-------------------|
| Costo Adicional N° 02 | S/. 302,005.83 |
| Costo Deductivo N° 02 | S/. 16,650.53 |
| Ampliación de Plazo | 20 días naturales |
- 3.- Resolución N° 318-2011 MPV de fecha 13.06.2011
- | | |
|-----------------------|----------------------------------|
| Costo Deductivo N° 03 | S/. 418,908.85 |
| Ampliación de Plazo | 120 días naturales ¹¹ |

¹¹ El Tribunal aprecia un error en la demanda por que revisadas las Resoluciones de Alcaldía que se citan, los días de ampliación son los siguientes: 20 (Resolución de Alcaldía 673-2010-MPV), 85 (que incluyen tres ampliaciones: N° 1 por 20 días, N° 2 por 28 días y N° 3 por 37 días – Resolución de Alcaldía 818-2010-MPV), y 112 (Resolución de Alcaldía N° 318-2011-MPV).

Indica que en virtud de las modificaciones, el nuevo plazo de conclusión del contrato sería el 14 de febrero de 2011, oportunidad en que COAM alega haber cumplido. Así también sostiene que la recepción de la obra, debido a deficiencias y retrasos de la Municipalidad, tuvo lugar el 06 de junio de 2011 y que en dicha oportunidad se suscribió el Acta de Recepción de Obra.

COAM sostiene que presentó su Liquidación Técnica y Financiera de Obra el 12 de julio de 2011² donde detalla el importe de S/. 319,218.29 de la siguiente forma:

<i>"- Saldo del contrato principal</i>	<i>S/. 631,898.26</i>
<i>- Reintegro de precios por F. Polinómica</i>	<i>S/. 56,305.27</i>
<i>- Tributos del contrato principal y adicionales (IGV 19%)</i>	<i>S/. 9,608.06</i>
<i>- Mayores Gastos generales por ampliaciones de plazo</i>	<i>S/. 259,041.51</i>
<i>- Amortización de adelantos</i>	<i>(S/. 637,634.81)</i>
<i>Total</i>	<i>S/. 319,218.29"</i>

Señala que la sola ampliación de plazo genera que el contratista incurrió en mayores gastos generales que no se encontraban inicialmente presupuestados.

Expresa también que la Municipalidad tenía un plazo de 60 días calendarios para efectuar sus observaciones, lo cual vencía el 12 de setiembre de 2011, siendo que la Municipalidad envió una carta el 08 de setiembre de 2011 suscrita por la Subgerencia de Obras Públicas sin ningún sustento técnico o económico sobre la liquidación.

De esta manera, al advertir que no se encontraba ninguna especificación de las observaciones, COAM envió una carta a la Municipalidad el 14 de setiembre de 2011 señalando que no tiene el detalle de las observaciones, por lo que alega que la Liquidación ha quedado consentida.

² Hecho que no está en discusión puesto que al momento de contestar la demanda la propia Municipalidad expresa en su numeral 2.6 "El 12 de julio del 2011, EL CONTRATISTA presento ante mi representada CARTA N° 007-2011/CC-MPV, remitiendo LIQUIDACION TECNICA Y FINANCIERA DE OBRA, con SUPUESTO SALDO A FAVOR DEL CONTRATISTA DE S/. 319,218.29"

De otro lado, en relación a su pretensión indemnizatoria, sostiene que se ha generado una indemnización por daños y perjuicios a la luz del incumplimiento del pago de su liquidación, como lo establece el artículo 1321° del Código Civil, alegando que no se ejecutaron las obligaciones por dolo. El monto indemnizatorio solicitado por COAM asciende a S/.478,827.44 que es la suma de S/. 159,609.15 por lucro cesante por la pérdida de ganancia legítima y S/.319,218.29 por daño emergente por la pérdida patrimonial.

1.2 De la contestación a la demanda:

La Municipalidad esencialmente sostiene que:

- El plazo de ejecución contractual inició el 11 de febrero del 2010 por 170 días calendario, los cuales vencieron inicialmente el 30 de julio del 2010.
- Mediante la Resolución de Alcaldía N° 673-2010-MPV de 14 de setiembre de 2010 se aprobó el presupuesto deductivo y Adicional de Obra N° 01 por el monto de S/. 51,829.31 y S/.49,774.20 y que se autorizó a la ampliación de 20 días calendarios, lo que generaba erogación de mayores recursos públicos ya que son sin reconocimiento de Gastos Generales por tratarse de un supuesto previsto en el artículo 202, primer párrafo del D.S. 184-2008-EF.³
- Con Resolución de Alcaldía N° 818-2010-MPV se aprobó el presupuesto Deductivo y Adicional de Obra N° 02 sin reconocimiento de gastos generales por ser un adicional de obra con su propio presupuesto específico (es de indicar que esta Resolución concede en su artículo 3° una ampliación de plazo que corre del 02 de noviembre del 2010 al 25 de enero del 2011).

³Esta norma señala que "las ampliaciones de plazo en los contratos de obra darán lugar al pago de mayores gastos generales variables iguales al número de días correspondientes a la ampliación multiplicada por el gasto general variable diario, salvo en los casos de obras adicionales que cuenten con presupuestos específicos. (...)". Sin embargo el Tribunal Arbitral no aprecia en ninguna parte del texto de la citada Resolución de Alcaldía que se hubiese señalado nada respecto de eventuales Gastos Generales.

- La Resolución de Alcaldía N° 318-2011-MPV aprobó el presupuesto Deductivo y Ampliación de Plazo N° 03 (esta Resolución concede una ampliación de plazo por 112 días adicionales).
- La Municipalidad señala que en ninguno de los casos se generó gastos generales dado que en todos se constituyeron presupuestos específicos para ejecución de obras adicionales (aspecto sin embargo que no es del todo correcto, puesto que la ampliación de plazo que se dio mediante Resolución de Alcaldía N° 318-2011-MPV no estaba vinculada a la ejecución de ningún adicional, o por lo menos no fluye esto de su texto).
- El 12 de julio de 2011 COAM presento liquidación de contrato de obra, sin embargo señala que dicha liquidación se encontraba mal elaborada por que: (i) considera el pago de gastos generales por ampliaciones de plazo, cuando dichas ampliaciones obedecían a ejecución de adicionales que contaban con su propio presupuesto específico; (ii) se estaba considerando en el rubro "reintegro de precios por formula polinómica una suma (S/. 56,305.27) que no es correcta; y (iii) en el rubro amortización de adelantos a favor de la Municipalidad, COAM ha considerado como suma amortizada la cantidad de S/. 739,788.82 cuando ha debido ser S/. 627,634.81.
- El 08 de setiembre del 2011 mediante Carta N° 120-2011-OGA/MPV se notificó a COAM las observaciones formuladas, adjuntándose para tal fin el Informe N° 0340-2011-SGOPI/JLMA-MPV del 31 de agosto del 2011.
- Indica que el contratista debió levantar las observaciones dentro del plazo legal de 15 días de notificadas las observaciones, previa coordinación de la existencia de éstas en la oficina de contabilidad, pero como no hizo ello consintió en las observaciones de la Entidad al no haber sido materia de arbitraje dentro del periodo de los quince días de acontecido el hecho, esto es hasta el 24 de setiembre de 2011.

- La Entidad aprobó su liquidación técnica –financiera mediante Resolución de Alcaldía N° 719-2011-MPV de fecha 23 de noviembre de 2011 con un saldo en contra del contratista de S/. 20.910.30; la cual no ha sido recurrida o impugnada en ninguna vía dentro del término de los quince días calendario.
- En adición a lo señalado, el contratista no ha cumplido con reenviar las cartas fianzas bancarias que garantizaban el fiel cumplimiento del contrato y los adelantos directos y de materiales.

1.3 De la Reconvención:

La Entidad presenta reconvención solicitando:

- Que se declare consentida la Resolución de Alcaldía N° 719-2011-MPV del 23 de noviembre de 2011 la que se ha consentido por no haberse impugnado.
- Que se ordene pagar a COAM el monto de S/20,910.30 como saldo en contra del contratista en la liquidación de obra en cuestión.
- Que COAM pague el íntegro de los gastos arbitrales, que estima la Municipalidad asciende en no menos de S/40,000.00.

El sustento de las pretensiones de su reconvención, esencialmente es el mismo que en su contestación de demanda.

I. 4 Del Proceso arbitral:

En fecha 16 de octubre de 2012, se llevó a cabo el Acta de Fijación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios donde se fijaron los siguientes puntos a analizar al momento de resolver:

"De la Demanda:

Abog. Shery L. Villanueva Veneros
SECRETARIA GENERAL
Centro de Conciliación y Arbitraje Empresarial
Cámara de Comercio de La Libertad

1.- Determinar si corresponde que la Municipalidad Provincial de Virú cumpla con el pago a favor de COAM Contratistas SAC de la deuda total resultante por la Liquidación Final del Contrato de Obra que asciende al importe de S/. 319,218.29.

2.- Determinar si corresponde que la Municipalidad Provincial de Virú cumpla con el pago de una indemnización por el daño emergente y lucro cesante por el importe de S/. 478,827.44.

3.- Determinar si corresponde que la Municipalidad Provincial de Virú cumpla con el pago de los intereses legales devengados y los gastos arbitrales por conceptos administrativos y honorarios de los árbitros.

De la Reconvención:

4. Determinar si corresponde que se declare consentida la Resolución de alcaldía N° 719-2011-MPV del 23 de Noviembre de 2011, mediante la Cual se aprueba la liquidación técnica financiera de la obra: Construcción de la Infraestructura Recreacional y Vial en los sectores Mendocita, Maria Caridad, Nuevo Puente Virú, La Libertad, ascendente a S/. 20,910.30.

5.- Determinar si corresponde que COAM Contratistas SAC pague a la Municipalidad Provincial de Virú el monto de S/. 20,91.30.

6.- Determinar si corresponde que COAM Contratistas SAC pague el íntegro de los gastos arbitrales que se efectúe en el presente proceso arbitral ascendentes a S/. 40,000.00."

El 30 de noviembre de 2012 se desarrolló la Audiencia de Exposición de Hechos donde ambas partes tuvieron un espacio para exponer sus fundamentos respecto a las pretensiones planteadas, y el Tribunal les solicito la presentación de documentación adicional.

El 07 de diciembre de 2012 La Municipalidad presentó nueva documentación de para el caso, entre los cuales se destacan:

- Copia certificada de la Resolución de Alcaldía N° 659-2011-MPV de fecha 28 de octubre de 2011 que declaró en su artículo Segundo la NULIDAD de la Ampliación de Plazo N° 03 por 112 días calendario la obra.
- Carta N° 150-2011-MPV-SG en la que se notifica a COAM la Resolución de Alcaldía N° 659-2011-MPV.
- Portada del Cuaderno de Obras N°171
- El cuaderno de obra en sus diversas partes.
- Carta simple N° 132-COAM de fecha 13 de febrero de 2011 dirigida al supervisor de la obra, donde se habría renunciado en forma expresa a los Mayores Gastos Generales.

Con escrito del 07 de diciembre del 2012, COAM presenta los “documentos que sustentaron su liquidación de fecha 12 de julio de 2011”, reiterando que dichas documentales fueron adjuntadas a la carta de presentación de la liquidación de la citada fecha.

Mediante la Resolución N° 09 dispuso la presentación de alegatos y La Municipalidad cumplió con presentar los mismos en el plazo, señalando esencialmente que:

- No se detalló en su oportunidad la liquidación presentada por el contratista y que ésta fue una liquidación simple, sin adjuntar ningún documento que la sustente, no habiendo cumplido los requisitos del artículo 211° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.
- Agrega que respecto de la carta que comunica sus observaciones (Carta N° 120-2011-OGA/MPV), debe de presumirse su validez, de acuerdo con el artículo 9° de la Ley N° 27444.

COAM presentó sus alegatos en forma extemporánea por lo que los mismos se tuvieron por no presentados mediante Resolución N° 11.

Atog. Sheyla L. Villena Veneros
SECRETARIA GENERAL
Centro de Conciliación y Arbitraje Empresarial
Cámara de Comercio de La Libertad

En fecha 19 de febrero de 2013 se llevó a cabo la Audiencia de Informes Orales donde ambas partes tuvieron la oportunidad de exponer sus fundamentos.

COAM presentó sus conclusiones escritas el 22 de febrero 2013 donde principalmente señala que la Liquidación Final fue presentada en forma oportuna con la documentación adjunta y que ésta no fue observada en su debido momento, limitándose a manifestar que existían observaciones a la misma. Finalmente cuestiona la autenticidad de la Carta N° 132-COAM del 13 de febrero del 2011 por la que habría renunciado a Gastos Generales de la ampliación de plazo.

2. CONSIDERANDOS:

2.1 Consideraciones Generales

2.1.1 De manera previa al análisis de cada uno de los puntos controvertidos, el Tribunal Arbitral considera pertinente indicar lo siguiente:

- Que, en el presente caso no se han deducido excepciones ni oposiciones al arbitraje, ni ha existido cuestionamiento alguno al Tribunal Arbitral.
- Que, las partes han tenido amplia oportunidad de expresar sus argumentos y de acompañar los medios probatorios que los sustentan, incluso más allá de su demanda y contestación, garantizándose en todo momento el legítimo derecho de defensa de las mismas y el debido proceso, sin que hasta la fecha se haya efectuado cuestionamiento alguno.
- Que, el Tribunal Arbitral ha revisado ampliamente toda la documentación presentada en el expediente arbitral, y emite su opinión luego de una valoración conjunta de dichos medios probatorios.
- Que, a efecto de la presente controversia se tendrá en cuenta lo establecido en la Ley de Contrataciones del Estado (Decreto Legislativo 1017), y su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 184-2008-EF, el Código Civil y demás normas de la legislación nacional relacionadas con la materia de la

controversia, tal como quedó establecido y aceptado por las partes en el numeral 5 del Acta de Instalación del Tribunal Arbitral.

- Que, procederá a analizar todos los puntos controvertidos señalados en el Acta de fecha 16 de octubre del 2012, agrupando para tal efecto aquellos puntos de la demanda y reconvención que merezcan un análisis conjunto, conforme a la facultad establecida en el punto II de la citada Acta.
- Que, procede a emitir el presente laudo dentro del plazo fijado para tal fin, y que fuera materia de ampliación en virtud de la Resolución N° 12.

2.2. Análisis de los Puntos Controvertidos

2.2.1 Análisis conjunto de los siguientes puntos controvertidos:

"De la Demanda:

1. *Determinar si corresponde que la Municipalidad Provincial de Virú cumpla con el pago a favor de COAM Contratistas SAC de la deuda total resultante por la Liquidación Final del Contrato de Obra que asciende al importe de S/. 319,218.29."*

"De la Reconvención:

4. *Determinar, si corresponde que se declare consentida la Resolución de Alcaldía N° 719-2011-MPV del 23 de Noviembre del 2011, mediante la cual se aprueba la liquidación técnica financiera de la obra: Construcción de la Infraestructura Recreacional y Vial en los sectores Mendocita, Maria Caridad, Nuevo Puente Virú, La Libertad ascendente a S/. 20,910.30.*
5. *Determinar, si corresponde que COAM Contratistas SAC pague a la Municipalidad Provincial de Virú el monto de S/. 20,910.30"*

2.2.2 Teniendo en cuenta que los tres puntos controvertidos citados están relacionados a cuál es la liquidación correcta del contrato de obra celebrado entre las partes, resulta necesario analizarlos de manera conjunta, y siendo que COAM expresa que su liquidación practicada en primer lugar, ha quedado consentida, corresponde pronunciarse de manera primigenia respecto de este extremo.

Alog. Shoy L. Villena Veneros
SECRETARIA GENERAL
Centro de Conciliación y Arbitraje Empresarial
Cámara de Comercio de La Libertad

2.2.3 Así las cosas, el Tribunal Arbitral advierte que no está en tela de juicio en el proceso el hecho que COAM haya presentado su liquidación con fecha 12 de julio de 2011, en todo caso el cuestionamiento que se ha formulado es esencialmente el siguiente:

- Determinar si dicha liquidación fue presentada con el sustento respectivo, es decir, con la documentación que permita a la Entidad realizar una evaluación respecto de la certeza o no de la liquidación; y
- Determinar si la misma fue observada en su oportunidad por la Entidad.

2.2.4 Respecto de lo primero, este Tribunal aprecia que si bien la Entidad ha manifestado en su escrito del 07 de febrero del 2013 (no así en su contestación de demanda) que la liquidación no fue presentada con la documentación requerida sino que “fue una liquidación simple que constaba de dos folios”; de la evaluación obrante en el expediente aprecia que con fecha 08 de setiembre del 2011 la Municipalidad curso una comunicación a COAM solicitándole la renovación de su Carta Fianza y expresando que su liquidación había sido observa; asimismo aprecia que en la citada Carta se hace referencia al Informe N° 340-2011-SGOPI/JLMA, en el cual se expresa que la Liquidación Técnica Financiera de la Obra presentada por COAM había sido observada por la Oficina de Contabilidad, debiendo el demandante levantar dichas observaciones; finalmente al momento de contestar la demanda, la Municipalidad expresa claramente cuáles son sus observaciones a la liquidación de COAM y porqué difiere de lo contenido en ella. Por estas razones el Tribunal llega la conclusión que no es posible sostener válidamente que la liquidación presentada por COAM y que adjunto a su carta de fecha 12 de julio del 2011 no haya podido ser materia de revisión por la Entidad, lo que por cierto no significa que necesariamente esta última se encuentre conforme, sino que no haya podido ser materia de revisión o entendimiento.

Abog. Sheryl L. Villena Veneros
SECRETARIA GENERAL
Centro de Conciliación y Arbitraje Empresarial
Cámara de Comercio de La Libertad

2.2.5 En relación con la oportunidad de la observación formulada por la Municipalidad, ésta alega que ello se hizo en el plazo legalmente establecido puesto que con fecha 08 de setiembre del 2012 remitió a COAM la Carta N° 120-2011.OGA/MPV; con la cual hizo de su conocimiento las observaciones formuladas; no obstante el demandante expresa que en dicho momento no se hizo de su conocimiento cuales eran las observaciones que se le formulaban. Corresponde en consecuencia analizar primero los hechos relacionados a este extremo, y luego ver la consecuencia legal aplicable a ellos.

De una revisión de la Carta N° 120-2011-OGA/MPV se aprecia el texto siguiente:

"Por la presente, saludamos a ustedes cordialmente y a la vez para solicitar de manera muy urgente la presentación de su nueva Carta Fianza por la suma de (....) de FIEL CUMPLIMIENTO, por cuanto su liquidación de la obra: "(....)", la cual está observada.

Agradeciendo la atención dispensada, nos despedimos de ustedes".

Se advierte en consecuencia que: (i) dicha comunicación no tiene por objeto directo indicar cuales son las observaciones que se han formulado; (ii) su objetivo principal es solicitar la renovación de la Carta Fianza; y (iii) en su texto no se señala en ninguna parte cuales serían las observaciones a la liquidación. Sin perjuicio de lo anterior es de mencionar que en la parte "REFERENCIA" de esta Carta se expresa textualmente lo siguiente: **"REFERENCIA: Informe N° 340-2011-SGOPI/JLMA (Adjunto)".**

Por tanto, este Tribunal considera necesario revisar dicho Informe en la medida que sea posible que en el mismo consten claramente cuáles eran las observaciones a la liquidación presentada. Hecha esta revisión en el medio probatorio 1D que la propia demanda presenta, se verifica que el aludido Informe consta de 1 hoja, es de fecha 31 de agosto del 2011 y en este

Alog. Shely L. Viveros Veneros
SECRETARIA GENERAL
Centro de Conciliación y Arbitraje Empresarial
Cámara de Comercio de La Libertad

simplemente se señala una serie de Datos del "Estado Actual de la Obra", señalándose en los dos últimos párrafos lo siguiente:

"En lo referente a la liquidación Técnica Financiera de la Obra esta ha sido observada por la Oficina de Contabilidad, debiendo la empresa COAM, levantar dichas observaciones.

Por lo que se deberá comunicar a la COAM Contratistas SAC, para que absuelva dichas observaciones en un plazo perentorio de 48 horas."

No se aprecia por tanto que en dicha Carta, o en el Informe adjunto, se haya hecho de conocimiento de COAM, en que consistían las observaciones formuladas.

Asimismo, el Tribunal aprecia de la revisión del medio probatorio 1E de la contestación de la demanda que es mediante el PROVEIDO N° 011-2011-OC/MPV que la Jefe de la Oficina de Contabilidad de la Municipalidad, remite a la Sub Gerencia de Obras Públicas e Infraestructura de la Municipalidad, el expediente de liquidación, señalando ***"De la revisión a la liquidación Técnica – Financiera practicada por la Gerencia de Obras y la Oficina de Contabilidad se ESTABLECE UN SALDO FAVOR DE LA MUNICIPALIDAD PROVINCIAL DE VIRÚ POR EL IMPORTE DE S/. 20190.30 que deberá abonar la empresa COAM Contratistas S.A.C."*** Este documento sin embargo tiene fecha del 19 de setiembre del 2011; esto es, posterior a la remisión de la Carta N° 120-2011-OGA/MPV.

Finalmente se aprecia que con fecha 14 de setiembre del 2011 COAM cursó Carta a la Municipalidad (recibida por ésta el día 15 de setiembre a través de su Unidad de Trámite Documentario, expresando que no habían sido informados de las observaciones formuladas; no advirtiéndose de la documentación presentada en el curso de este proceso que dicha comunicación hubiese sido contestada en tiempo prudencial por la Municipalidad.

Abog. Shy'la E. Villena Veneros
SECRETARIA GENERAL
Centro de Conciliación y Arbitraje Empresarial
Cámara de Comercio de La Libertad

2.2.6 Por tanto, el Tribunal llega a la convicción que no se ha demostrado que con fecha 08 de setiembre del 2011 se hubiese puesto en conocimiento de COAM las observaciones a su liquidación; sino únicamente se le había cursado una comunicación cuyo objeto era requerirle la renovación de la Carta Fianza de fiel cumplimiento en la que se menciona que la liquidación que presentó había sido observada, pero no se señala en forma alguna en que consistían dichas observaciones.

2.2.7 En este contexto debe tenerse en cuenta que:

- La cláusula décimo sexta del contrato relativa a la liquidación de la obra, señala claramente que ésta se sujetará a lo establecido en el artículo 211°, 212° y 213° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.
- El artículo 42° de la LCE, señala que "(...) tratándose de contratos de ejecución o consultoría de obras, el contrato culmina con la liquidación y pago correspondiente, la misma que será elaborada y presentada a la Entidad por el contratista, según los plazos y requisitos señalados en el Reglamento, debiendo aquella pronunciarse en un plazo máximo fijado también en el Reglamento bajo responsabilidad del funcionario correspondiente. **De no emitirse resolución o acuerdo debidamente fundamentado** en el plazo antes señalado, la liquidación presentada por el contratista se tendrá por aprobada para todos los efectos legales. El expediente de contratación cerrará con la culminación del contrato".
- El artículo 211° del Reglamento de la LCE, señala por su parte que una vez presentada la liquidación por el contratista, la Entidad cuenta con un plazo máximo de 60 días para pronunciarse, ya sea observando la liquidación presentada o, de considerarlo pertinente elaborando otra, y notificará al contratista para que éste se pronuncie

dentro de los 15 días siguientes. (...). Señala también que la liquidación quedará consentida cuando, practicada por una de las partes no sea observada por la otra dentro del plazo establecido.

2.2.8 A la luz de los hechos descritos y de lo citado, el Tribunal considera que la liquidación presentada por COAM con fecha 12 de julio del 2011, quedó consentida debido a que: (i) el plazo de la Entidad para observar la misma vencía el día 12 de setiembre del 2011; (ii) la Carta N° 120-2011-OGA/MPV de fecha 08 de setiembre de 2011 no señala en ningún extremo en qué consistían las observaciones formuladas, no pudiéndose considerar que una comunicación por la cual se expresa que la liquidación ha sido observada constituya válidamente el ejercicio de la entidad para observar la liquidación, puesto que es consustancial a ello el señalar en que consiste cada una de dichas observaciones toda vez que de lo contrario no hay forma alguna de poder levantar y/o refutar las mismas, aseveración que a su vez coincide con el artículo 42° de la LCE que exige que el documento que señala las observaciones esté **debidamente fundamentado**; y (iii) el artículo 42° de la LCE establece claramente que las observaciones a la liquidación que formule la Entidad debe hacerse a través de **resolución o acuerdo debidamente fundamentado**; lo que no se ha dado en el presente caso con anterioridad al 12 de setiembre del 2012.

2.2.9 Consecuentemente este Tribunal Arbitral concluye que al no haberse cursado en plazo, observación a la liquidación presentada por COAM, ésta ha quedado firme y **"se tendrá por aprobada para todos los efectos legales"** conforme lo establece el artículo 42° de la LCE.

2.2.10 Siendo por tanto que en un desarrollo cronológico de los hechos, ya al 12 de setiembre del 2011 había quedado firme la liquidación de la obra y debiendo tenerse por tanto ésta como válida para todos los efectos legales, los actos posteriores realizados por la Entidad respecto del contrato, que pudiesen afectar la liquidación firme carecen de eficacia respecto de ésta, y por tanto no le son oponibles en forma alguna, tales como:

Abog. Sheyla E. Villena Jeneros
SECRETARIA GENERAL
Centro de Conciliación y Arbitraje Empresarial
Cámara de Comercio de La Libertad

- La Resolución de Alcaldía N° 719-2011-MPV del 23 de Noviembre del 2011, mediante la cual se aprueba la liquidación técnica financiera de la obra: Construcción de la Infraestructura Recreacional y Vial en los sectores Mendocita, Maria Caridad, Nuevo Puente Virú, La Libertad, con un saldo a favor de la Municipalidad ascendente a S/. 20,910.30; y
- La Resolución de Alcaldía N° 659-2011-MPV de fecha 28 de octubre del 2011 mediante la cual se modifica el artículo Primero de la Resolución de Alcaldía N° 318-2011-MPV de fecha 13 de junio del 2011, en el sentido de aprobar el deductivo de obra; y por otro lado se declara la nulidad de la ampliación de plazo N° 3 por 112 días.

2.2.11 Sin perjuicio de lo expuesto, éste Tribunal Arbitral luego de leída las posiciones de las partes, revisada la documentación presentada por estas, y escuchada sus alegaciones a lo largo de las diversas audiencias sostenidas, considera imperioso formularse la inquietud siguiente: *¿es posible que en vía de consentimiento de liquidación pueda quedar firme una liquidación, independientemente del contenido y sustento de ella?, es decir, ¿podría sostenerse válidamente por ejemplo que en virtud de un contrato de obra por un monto de S/. 100,000.00; al finalizar el contratista presente una liquidación por S/. 1,000.000.00 y si la entidad no la cuestiona en tiempo, se vea obligada a tener que reconocer este monto indefectiblemente?*

2.2.12 Responderse las interrogantes anteriores, por cierto no es tarea fácil; por un lado tenemos que la legislación especial en la materia (artículo 42° de la LCE y artículo 211° de su Reglamento), establece claramente que si la liquidación presentada no es observada en tiempo, ella queda firme para todos los efectos legales; y por otro lado tenemos que una regla de este tipo que no admita revisión o ponderación alguna podría conllevar a situaciones absolutamente absurdas, inequitativas, arbitrarias y por ende injustas.

Abog. Sheyla L. Villena Veneros
SECRETARIA GENERAL
Centro de Conciliación y Arbitraje Empresarial
Cámara de Comercio de La Libertad

2.2.13 No cabe duda que abunda en la primera de las opciones (inmutabilidad de la liquidación que pasó a condición de firme) la literalidad de la norma especial que parece no dejar espacio a mayor duda; y por cierto esta consecuencia lo que pretende es precisamente agotar etapas de discusión respecto del contenido de la liquidación si una de las partes no expresó en su oportunidad su cuestionamiento, de tal manera que en la relación contractual esta posibilidad de discusión se dé por cerrada, independientemente de la responsabilidad que pudiese existir en la persona que omitió cursar la comunicación en su oportunidad.

2.2.14 Ante la no formulación de observaciones en la forma y plazo previstos en la legislación citada, surge como consecuencia el derecho de la otra parte (en este caso COAM) a exigir la firmeza de su liquidación y el pago de la misma. Sin embargo, cabe preguntarse si una situación de este tipo, puede convalidar una situación arbitraria, que conllevaría a un abuso en el ejercicio del derecho.

2.2.15 En el artículo II el Título Preliminar del Código Civil, existe una norma que proscribe el "abuso del derecho". Esta figura viene a constituir en nuestro ordenamiento legal un principio transversal, y no exclusivo de las relaciones civiles.

2.2.16 Como sostiene Juan Espinoza *"(...) El abuso de derecho, en tanto principio general, es un instrumento del cual se vale el operador jurídico para lograr una correcta y justa administración de justicia. Es aquí donde juega un rol decisivo la labor creativa y prudente del juez que debe estar atento a reconocer nuevos intereses existenciales y patrimoniales, enfrentando audazmente modelos legislativos que los pretenden inmovilizar (ESPINOZA ESPINOZA, Juan. Los Principios Contenidos en el Título Preliminar del Código Civil Peruano de 1984, Lima – Perú, Pontificia Universidad Católica del Perú. Fondo Editorial, 2005, págs. 131 y 132)"*

2.2.17 En cuanto a los alcances de la figura del abuso del derecho, tenemos que:

Abog. Shery L. Villena Veneros
SECRETARIA GENERAL
Centro de Conciliación y Arbitraje Empresarial
Cancillería de Comercio de La Libertad

- *"El ejercicio abusivo de un derecho esta proscrito por el Título Preliminar del Código Civil (...) nace para enfrentar los excesos del derecho subjetivo. Es necesario traer a colación lo expuesto por la doctrina nacional referido primero que "el principio del abuso del derecho nace para enfrentar los excesos del derecho subjetivo"; segundo que "el abuso del derecho genera un exceso que provoca una desarmonía social y por ende una situación de injusticia" y, tercero que "todo derecho subjetivo de una persona es una situación de poder que el ordenamiento jurídico atribuye o concede como cauce de realización de legítimos intereses y fines dignos de tutela jurídica". (Cas. N° 457-2004-Lima, Sala Civil de la Corte Suprema, Lima, 23 sep. 2005)*

- *"El abuso del derecho, se presenta cuando este se ejercita sin justicia. En la Exposición de Motivos y Comentarios del Código Civil, compilada por la Dra. Delia Revoredo (...) se lee el comentarios al artículo II del Título Preliminar que corresponde al maestro José León Barandiaran; "se incurre en abuso de derecho cuando en el ejercicio de tal derecho el titular se excede manifiestamente de los límites de la buena fe, de modo que dicho ejercicio no se compatibiliza con la finalidad institucional y la función social en razón de las cuales se ha reconocido el respectivo derecho" (Cas. N° 119-2005-Lima, 28 abr. 2006)"*

2.2.18 Este Tribunal considera que si bien el artículo 42° de la LCE y el artículo 211° de su Reglamento, otorgan firmeza a la liquidación no observada en plazo, una norma de este tipo no puede conllevar en el extremo a amparar una figura de "abuso de derecho", que conlleve a que una liquidación no observada en plazo pueda conllevar a obligar a una entidad a cancelar el monto que en ella se contemple aún sí la forma en que se ha determinado el mismo resulta abiertamente arbitraria e inconsistente. Sin embargo, esta

Abog. Shelya L. Villena Veneros
 SECRETARÍA GENERAL
 Centro de Conciliación y Arbitraje Empresarial
 Cámara de Comercio de La Libertad

aseveración no puede tampoco conllevar a que por esta vía se abra nuevamente un espacio amplió de observaciones a la liquidación, toda vez que ello sería restarle todo sentido y coherencia a la figura del consentimiento de la liquidación, lo que por cierto no se advierte que resulte inconstitucional a criterio de este Tribunal Arbitral (como sí lo sería el supuesto en que la liquidación practicada por una de las partes no pueda ser objeto de cuestionamiento por la otra bajo ninguna forma ni en ningún momento).

2.2.19 Así las cosas, el Tribunal Arbitral únicamente podría entrar a revisar el contenido de una liquidación firme en caso que a su criterio (y de acuerdo a las posiciones de las partes expresadas en el proceso) pueda advertir una situación que le resulte abiertamente arbitraria de tal manera que su convalidación conlleve el “ejercicio abusivo de un derecho”. Bajo este parámetro, en el caso que nos ocupa, llama la atención de este Tribunal los hechos siguientes vinculados a la liquidación cuya firmeza se invoca por COAM:

- Según la liquidación presentada por COAM (hecho que ha sido también aceptado expresamente por la Municipalidad), la fecha de término de la obra fue, el día 14 de febrero del 2011.
- Hasta antes de la ampliación de plazo N° 3 por 112 días que se otorgó mediante Resolución de Alcaldía N° 318-2011-MPV del 13 de junio de 2011; el plazo contractual ampliado vencía el 25 de enero del 2011 (según el artículo 4 de la Resolución de Alcaldía N° 818-2010-MPV del 15 de noviembre del 2010).
- De la revisión de la liquidación presentada por COAM adjunto a su escrito de fecha 07 de diciembre del 2011 (y que alega fue la que presentó adjunta a su carta del 12 de julio 2011), se advierte con claridad que para el cálculo de los Gastos Generales por los 112 días de ampliación de plazo concedidos por la Resolución de Alcaldía N° 318-2011-MPV se ha utilizado el mecanismo o forma de cálculo

Abog. Shelya L. Villena Veneros
SECRETARIA GENERAL
Centro de Conciliación y Arbitraje Empresarial
Cancara de Comercio de La Libertad

previsto en el artículo 203° del Reglamento, vale decir, se ha determinado el Gasto General diario y se ha ajustado por el coeficiente Ip/Io.

2.2.20 Sin embargo, llama a este Tribunal poderosamente la atención cómo es que el contratista pretende cobrar en su liquidación Gastos Generales bajo los alcances del artículo 203° del Reglamento, respecto de un periodo que va mucho más allá de la fecha de término de obra, es decir, del 14 de febrero del 2011; aspecto que no guarda coherencia alguna con el sistema de contratación pública ni con la idea del gasto general que se reconoce cuando hay ampliaciones de plazo⁴; y sí considera que aceptar ello en una liquidación bajo la premisa que la misma ha quedado firme por no haberse observado de manera oportuna, sí terminaría consagrando un evidente abuso de derecho.

2.2.21 Por tanto, este Tribunal Arbitral estima que a efecto de no amparar una situación de "abuso de derecho" es necesario de manera excepcional, modelar el monto de la liquidación presentada por el Contratista en el extremo referido al cálculo del gasto general correspondiente a la ampliación de plazo N° 3, el cual únicamente podrá ser calculado hasta la fecha de término real de obra aceptada por éste (14 de febrero del 2011) y desde la fecha de vencimiento del último plazo ampliado (25 de enero del 2011). Por tanto el periodo en el cual corresponde dicho cálculo sólo abarca desde el 26 de enero del 2011 (inclusive) hasta el 14 de febrero del 2011 (inclusive), lo que totaliza 20 días calendario.⁵

2.2.22 Así las cosas y siguiendo el mismo mecanismo de cálculo previsto en la liquidación, correspondería por este periodo (ampliación de plazo N° 3)

⁴Ello por cuanto el mayor gasto general derivado de ampliaciones de plazo se genera a efecto de compensar al contratista los gastos generales variables que incurre como consecuencia de una ampliación en el plazo de ejecución de la obra, no pudiendo sostenerse ello respecto de un periodo en el cual la obra ya concluyó realmente.

⁵Sobre este extremo el Tribunal Arbitral ha meritado el valor probatorio de la Carta N° 132-COAM del 13 de febrero del 2013, y advierte que ella ha sido cuestionada en su autenticidad por COAM desconociendo no solo la firma de su representante sino el formato de papel en el que está impresa; pero adicionalmente que no hace referencia alguna a cual ampliación de plazo se refiere; por lo que no le genera convicción respecto de su validez ni sobre sus alcances.

únicamente el reconocimiento de Gastos Generales por 20 días calendarios, en lugar de los 112 que se han previsto; lo que arroja el monto de S/. 30,858.83 (incluido IGV) en lugar de los S/. 172,809.50 incluido IGV (calculados por COAM); existiendo en consecuencia una diferencia de S/. 141,950.67 que deben ser restados de la liquidación presentada por COAM.

Hecha la operación aritmética anterior, la liquidación presentada por COAM que asciende a la suma de S/. 319,218.29 ajustada en menos S/. 141,950.67, arroja un el monto de S/. 177,267.62 (Ciento setentisiete mil doscientos sesentisiete y 62/100 Nuevos Soles).

2.2.23 En razón de las consideraciones expresadas, este Tribunal concluye lo siguientes respecto de los puntos controvertidos materia de análisis en este punto:

- Que, corresponde que la Municipalidad Provincial de Virú cumpla con el pago a favor de COAM Contratistas SAC de la deuda total resultante por la Liquidación Final del Contrato de Obra, ascendente a la suma de S/. 177,267.62 incluido IGV.
- Que, no corresponde que se declare consentida la Resolución de Alcaldía N° 719-2011-MPV del 23 de Noviembre del 2011, mediante la cual se aprueba la liquidación técnica financiera de la obra: Construcción de la Infraestructura Recreacional y Vial en los sectores Mendocita, Maria Caridad, Nuevo Puente Virú, La Libertad ascendente a S/. 20,910.30.
- Que, no corresponde que COAM Contratistas SAC pague a la Municipalidad Provincial de Virú el monto de S/. 20,910.30"

2.2.24 "De la Demanda"


Abog. Sheyla L. Villena Veneros
SECRETARIA GENERAL
Centro de Conciliación y Arbitraje Empresarial
Cámara de Comercio de La Libertad

2. *Determinar si corresponde que la Municipalidad Provincial de Virú cumpla con el pago de una indemnización por el daño emergente y lucro cesante por el importe S/. 478,827.44."*

Teniendo en cuenta que lo expresado anteriormente en el análisis de los puntos controvertidos y esencialmente el ajuste en el monto de la liquidación que este Tribunal ha efectuado, se debe desestimar la pretensión indemnizatoria formulada por COAM no resulta amparable, máxime si uno de los requisitos necesarios para determinar la existencia de una responsabilidad contractual lo constituye la antijuridicidad y la imputabilidad, hechos que no se dan en el caso materia de análisis.

2.2.25 "De la Demanda:

3. *Determinar si corresponde que la Municipalidad Provincial de Virú cumpla con el pago de los intereses legales devengados y los gastos arbitrales por conceptos administrativos y honorarios de los árbitros."*

"De la Reconvención:

6. *Determinar, si corresponde que COAM Contratistas SAC pague el íntegro de los gastos arbitrales que se efectuó en el presente proceso arbitral ascendentes a S/. 40,000.00."*

En lo que respecta al pago de intereses solicitado por COAM debe tenerse en cuenta la regla contenida en el artículo 1334° del Código Civil la cual establece que en los casos que el monto de la deuda deba ser determinado judicialmente, se incurre en mora desde el momento de la citación con la demanda (en el presente caso fue el 18 de julio de 2012)

A su vez, el artículo 1242° del mismo Código Civil señala que el interés moratorio tiene por finalidad indemnizar la demora en el pago; y el artículo 1246°, expresa que si no se ha convenido el interés moratorio, el deudor sólo está obligado a pagar por causa de mora el interés compensatorio pactado y, en su defecto el interés legal.

Abog. Shyela L. Villena Veneros
SECRETARIA GENERAL
Centro de Conciliación y Arbitraje Empresarial
Canción de Servicio de La Libertad

Por tanto, no existiendo en esta operación un interés compensatorio, se deberá pagar como interés moratorio el interés legal calculado desde el 18 de julio de 2012; hasta el día de su pago total y efectivo.

En cuanto a los gastos arbitrales (costas y costos del presente proceso) y los gastos de defensa de cada parte, corresponde a cada una de éstas asumir el pago de sus propios gastos arbitrales, costas y costos que les hubiese demandado la tramitación del presente proceso, teniendo en cuenta que el Tribunal Arbitral llega a la conclusión (por el resultado del laudo) que ambas han tenido razones atendibles para litigar.

SE RESUEVE:

PRIMERO.- Respecto de la Pretensión de la Demanda consistente en "Que se ordene a la Municipalidad Provincial de Virú cumplir con el pago a favor de COAM CONTRATISTAS S.A.C. la deuda total resultante de la Liquidación Final del Contrato de Obra que asciende al importe de S/. 319,218.29 (Trescientos diecinueve mildoscientos dieciocho y 29/100 nuevos soles); así como cumplir con el pago de una indemnización por el daño emergente y lucro cesante causados por el importe de S/. 478,827.44 (Cuatrocientos setenta y ocho mil ochocientos veintisiete y 44/100 nuevos soles); y el pago de los intereses legales devengados, y gastos arbitrales por conceptos administrativos y honorarios de los árbitros". **DECLARAR FUNDADA EN PARTE LA DEMANDA en los términos siguientes:**

- Ordenar que la Municipalidad Provincial de Virú cumpla con el pago a favor de COAM CONTRATISTAS S.A.C. la deuda total resultante de la Liquidación Final del Contrato de Obra que asciende al importe de S/. 177,267.62 (Ciento setentisiete mil doscientos sesentisiete y 62/100 Nuevos Soles), más intereses legales que deberán calcularse desde el 18 de julio de 2012 hasta la fecha de su pago real y efectivo.

Asoc. Shity L. Villena Veneros
SECRETARIA GENERAL
Centro de Conciliación y Arbitraje Empresarial
Cajamarca de Comercio de La Libertad

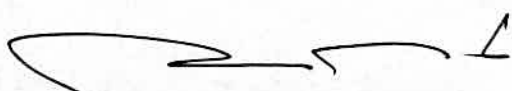
- Ordenar que cada parte del presente proceso asuma el pago de los gastos arbitrales por concepto de gastos administrativos y honorarios de los árbitros, que le corresponde.
- DECLARAR INFUNDADA la demanda en el extremo relativo a la indemnización solicitada.

SEGUNDO.- Respecto de la Pretensión de la Reconvención consistente en que “Se declare consentida la Resolución de Alcaldía N° 719-2011-MPV del 23 de noviembre del 2011, notificada al contratista COAM CONTRATISTAS SAC por conducto notarial con Carta N° 154-2011-MPV el 24 de noviembre del 2011, la cual se ha dejado consentir al no haberse impugnado en su debida oportunidad y dentro de los plazos de impugnación y caducidad previstos en el artículo 211 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado – Decreto Supremo 184-2008-EF; mediante la cual se aprueba la liquidación técnica financiera de la obra: “Construcción de la Infraestructura Recreacional y Vial en los Sectores de Mendocita, Maria Caridad, Nuevo Puente Virú, Las Flores y Los Laureles del C.P. Puente Virú, Provincia de Virú, La Libertad”, con saldo en contra del contratista COAM SAC de S/. 20,910.30”: **SE DECLARA INFUNDADA**

TERCERO.- Respecto de la Pretensión de la Reconvención consistente en que “Se ordene que COAM CONTRATISTAS SAC pague a la Municipalidad Provincial de Virú el monto de S/. 20,910.30 como saldo en contra del contratista en la liquidación de la obra en cuestión.” **SE DECLARA INFUNDADA**

CUARTO.- Respecto de la Pretensión de la Reconvención consistente en que “COAM CONTRATISTAS SAC pague el integro de los gastos arbitrales que efectúe en el presente proceso arbitral la Municipalidad Provincial de Virú, los cuales estimamos en no menos de S/. 40,000.00, los cuales incluyen honorarios de los árbitros, gastos de administración y secretaria arbitral y abogado de la defensa.” **SE DECLARA** que cada parte interviniente en el presente proceso asuma sus propios gastos en los que ha incurrido en la tramitación del presente proceso, incluyendo sus gastos de defensa.

Abog. Shely'a L. Villena Veneros
SECRETARIA GENERAL
Centro de Conciliación y Arbitraje Empresarial
Cámara de Comercio de La Libertad



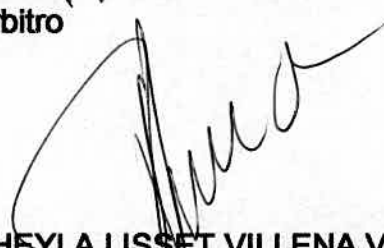
JOSE FELIX DE LA PUENTE GRIJALBA
Árbitro (Presidente)



FIDEL ANTONIO MACHADO FRÍAS
Árbitro



SERGIO ALBERTO TAFUR SANCHEZ
Árbitro



SHEYLA LISSET VILLENA VENEROS
Secretaria Arbitral

