

LAUDO ARBITRAL DE DERECHO

NOMBRE DE LAS PARTES:

DEMANDANTE: MANUEL SUAREZ ZELADA

DEMANDADO: MUNICIPALIDAD PROVINCIAL DE CAJAMARCA

ARBITRO UNICO:NIDIA ROSARIO ELIAS ESPINOZA

Laudo Arbitral de Derecho, dictado en la ciudad de Lima, con fecha 24 de Setiembre de 2013, por el Arbitro Único Dra. Nidia Rosario Elías Espinoza, en el arbitraje seguido por Manuel Suarez Zelada contra Municipalidad Provincial de Cajamarca.

Resolución Nº 07

Lima, 24 de Setiembre del año 2013

VISTOS:

1. Existencia del Convenio Arbitral:

Con fecha 06 de diciembre del 2010, las partes del proceso arbitral suscribieron el Contrato Nº 233-2010-MPC, Contrato de Obra "Construcción de la Pavimentación y Graderío del Jr. Anaximandro Correa entre Jr. Portugal y Carretera a Chamis – Lotización El Mirador, Barrio Lucmacucho, Provincia de Cajamarca- Cajamarca", en adelante el Contrato. En la Cláusula Décimo Novena- Solución de Controversias- se estableció que cualquier controversia sobre la ejecución o interpretación del contrato se solucionaría por Conciliación y Arbitraje de Derecho.

2. Designación del Árbitro Único:

De conformidad con el artículo 222º del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado aprobado mediante Decreto Supremo Nº 184-2008-EF, al no haber acuerdo expreso entre las partes, el Organismo Superior de las Contrataciones del Estado, mediante Resolución Nº 056-2012-OSCE/PRE del 07 de Marzo del 2012 designó como Árbitro Único a la Dra. Nidia Rosario Elías Espinoza la misma que mediante Carta S/N de fecha 21 de Marzo de 2012 aceptó el cargo y que suscribe el presente laudo, declarando que no tiene ninguna incompatibilidad o compromiso con las partes y que se desenvolverá con imparcialidad, independencia y probidad.

3. Audiencia de Instalación:

Con fecha 08 de mayo de 2012 se llevó a cabo la audiencia de instalación del Árbitro Único con la presencia de los representantes, por el demandante el Sr. Manuel Suarez Zelada con DNI Nº 26717280 y por la Municipalidad Provincial

de Cajamarca el Procurador Público Dr. Hugo Enrique Zevallos Romero, con DNI N° 21514133 y registro del Colegio de Abogados de Ica N° 1335, según Resolución de Alcaldía N° 005-2011-A-MPC del 1 de Enero del 2011.

Presentación de Demanda:

Con fecha 22 de Mayo del 2012, y dentro del plazo otorgado, Manuel Suarez Zelada, presentó su respectiva demanda.

Mediante Resolución N° 01 de fecha 12 de Junio de 2012, se resolvió admitir la demanda y darse por ofrecido los medios probatorios. De igual forma, se corrió traslado de la demanda a la Municipalidad Provincial de Cajamarca para que en el plazo de diez (10) días hábiles exprese lo conveniente a su derecho.

El Sr. Manuel Suarez Zelada interpone demanda contra la Municipalidad Provincial de Cajamarca a efectos que se declare fundada las siguientes pretensiones:

- Que se declare se declare la ineficacia o en su defecto se declare la inaplicable el acto administrativo contenido en la Resolución de Gerencia N° 351-2011-GI-MPC del 12.12.2011 mediante la cual se aprueba la Liquidación Final de Obra corregida por la Entidad demandada.
- Que se declare la invalidez de la Liquidación Final de la Obra corregida por la Entidad demandada y aprobada ilegalmente mediante Resolución de Gerencia N° 351-2011-GI-MPC del 12.12.2011.
- Se declare la invalidez de la Liquidación Final de la Obra Recalculada y todos los conceptos que incluye elaborada por el Contratista y presentada a la Entidad mediante Carta N° 086-2011-MSZ/EO de fecha 25.11.2011 con un saldo a cargo de la Municipalidad Provincial de Cajamarca de S/. 77 636,41 (Setenta y siete mil seiscientos treinta y seis con 41/100 Nuevos Soles) y en consecuencia se ordene a la Entidad demandada el pago de la suma antes mencionada.
 - Se declare la validez del concepto retención por garantía de fiel cumplimiento por el monto de S/. 29 558,60 (Veintinueve mil quinientos cincuenta y ocho con 60/ 100 Nuevos Soles) que integra la Liquidación Final de Obra recalculada, y en consecuencia se ordene a la entidad demandada el pago de la suma antes mencionada.
 - Se declare la validez del concepto Reintegro por formulas polinomicas final por el monto de S/. 704,83 (Setecientos cuatro con 83/100 Nuevos Soles) que integra la liquidación final recalculada, y en

consecuencia se ordene a la entidad demandada el pago de la suma antes mencionada.

- Se declare la validez del concepto de mayores gastos generales derivados de las Ampliaciones de Plazo Nº 1, Nº 3, Nº 4, Nº 5, Nº 6 y Nº 7 por el monto de S/. 47 372,98 (Cuarenta y siete mil trescientos setenta y dos con 98/100 Nuevos Soles que integra la Liquidación Final de la Obra recalculada, y en consecuencia se ordene a la entidad el pago de la suma antes mencionada.
- Se ordene a la Municipalidad Provincial de Cajamarca el pago de los intereses legales que correspondan desde la recepción de la solicitud para someter la controversia a arbitraje de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1334º del Código Civil concordante con la Octava Disposición Complementaria del Decreto Legislativo hasta la fecha de su efectiva cancelación sobre los montos que el Laudo ordene a favor del contratista.
- Se ordene a la Municipalidad Provincial de Cajamarca asumir las costas y costos del presente proceso arbitral.

Fundamentos en los cuales Manuel Suarez Zelada sustenta sus pretensiones:

Fundamentos de Hecho:

Respecto de la Primera Pretensión Principal:

- a. Con fecha 30.09.2011, mediante Carta N° 070-2011-MSZ/EO (Anexo 1-D) y dentro del plazo establecido por el Artículo 211º del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, la demandante procede a alcanzar la Liquidación Final de la Obra a la Entidad, frente a lo cual la demandada mediante Carta N° 036-2011-OLO-SGSLO-GI-MPC (Anexo 1-E) de fecha 12.11.2011 (receptionado con fecha 14.11.2011) observa la liquidación.
- b. De conformidad con lo establecido por el art. 211 del Reglamento cuarto párrafo la demandante se pronunció respecto de las observaciones presentadas por la entidad, así mediante Carta N° 086-2011-MSZ/EO de fecha 25.11.2011 (Anexo 1-F) se hizo llegar a la Entidad el pronunciamiento respectivo sobre las observaciones así como la liquidación final de obra recalculada, toda vez que se acogió la observación referida al Reajuste de Fórmula Polinómicas, sin

embargo no acogió las demás observaciones, sobre todo la referida a los Mayores Gastos Generales derivadas de las ampliaciones de plazo N° 01, 03, 04, 05, 06 y 07 puesto que son un concepto y más aún un derecho que le corresponde al contratista

- c. La Entidad, conforme a lo dispuesto por el quinto párrafo del art. 211 del Reglamento de la Ley de Contrataciones, el que a la letra dice "*En caso que una de las partes no acoga las observaciones formuladas por la otra, aquella deberá manifestarlo por escrito dentro del plazo previsto en el párrafo anterior. En tal supuesto dentro de los 15 días hábiles siguientes, cualquiera de las partes deberá solicitar el sometimiento de esta controversia a conciliación y/o arbitraje*".
- d. Dado que la demandante no acogió totalmente las observaciones formuladas por la Municipalidad Provincial de Cajamarca, la Entidad según lo indicado por la demandante de manera errónea y por demás ilegal, procedió a notificar por conducto notarial el Oficio N° 387-2011-GI-MPC de fecha 12.12.2011 (Anexo 1-H) por medio del cual se alcanza a la demandante la Resolución de Gerencia N° 351-2011-GI-MPC (Anexo 1-I) la cual aprueba la liquidación final de la obra presentada por el contratista pero corregida unilateral y arbitrariamente por la entidad, reconociendo solo un saldo a favor de la demandante ascendiente a la suma S/. 30,263.43 desconociendo deliberadamente el concepto de Mayores Gastos Generales derivados de la aprobación de las ampliaciones de plazo N° 01, 03, 04, 05, 06 y 07, respectivamente.
- e. La demandante señala que es evidente entonces que en aquel momento al presentar el contratista su pronunciamiento frente a las observaciones de la Entidad, se configuró el supuesto establecido en el quinto párrafo del artículo 211º del Reglamento de la Ley de Contrataciones y en ese sentido encontrándose una controversia pendiente de resolver la entidad no podía emitir resolución alguna aprobando una liquidación modificada y corregida de manera unilateral por ella cuando se encontraba pendiente de resolver controversias relativa a los conceptos que la integran. Por su parte nuestra representada manifestó su disconformidad al presentar su solicitud de sometimiento de controversia a arbitraje de fecha 19.12.2011.

Respecto de la Segunda Pretensión Principal:

El demandante señala lo siguiente:

- 16/
- a. Que, en línea con lo expuesto en el numeral anterior, la declaración de la ineficacia o inaplicación de la Resolución de Gerencia N° 351-2011-GI-MPC del 12.12.2011 (Anexo 1-I) mediante la cual se aprueba la liquidación elaborada por el contratista, pero corregida

unilateralmente por la entidad, genera consecuentemente que dicha liquidación carezca de validez, toda vez que su aprobación no se ha realizado de conformidad con las normas de contrataciones. Sin perjuicio de ello, no puede resultar válida una liquidación mal practicada, o si se quiere mal corregida. Deliberadamente desconoce conceptos que le corresponden al contratista.

- b. Así, tenemos que, la liquidación aprobada por la entidad corresponde esencialmente a la liquidación elaborada por el Contratista (pues reconoce los conceptos y montos correspondientes a Retención por Garantía de Fiel Cumplimiento y Reintegro por fórmulas polinómicas final) pero desconociendo el concepto de Mayores Gastos Generales derivados de la aprobación de las ampliaciones de plazo N° 01, 03, 04, 05, 06 y 07, hecho que no se ajusta a ley, más aún porque el contratista dejó constancia de su disconformidad respecto a la observación realizada por la entidad referida a este concepto, y en ese sentido, y en cumplimiento a lo establecido en el artículo 211° del Reglamento ésta controversia debió ser sometida a arbitraje y no de manera unilateral ser modificada y corregida por la entidad considerando los conceptos que le parecen convenientes sin fundamento legal ni fáctico que la ampare, puesto que se acreditará en el presente proceso que no sólo la norma reconoce el derecho del contratista de percibir mayores gastos generales de cada una de las ampliaciones, los pronunciamientos favorables de la Supervisión y los propios informes elaborados por la Entidad mediante los cuales se reconoce este concepto.
- c. Siendo así, no puede resultar válida una Liquidación mal elaborada, o mal corregida si se quiere, que desconoce conceptos de manera unilateral y arbitraria en abierta vulneraciones de la norma y la existencia de documentación que ampara el derecho y que en todo caso debió ser sometida a arbitraje con la finalidad de que se resuelva la controversia, por lo que la liquidación final aprobada por la entidad mediante Resolución de Gerencia N° 351-2011-GI-MPC (Anexo 1-I) debe ser declarada inválida.

Respecto de la Tercera Pretensión Principal:

El demandante señala lo siguiente:

- a. Como se ha mencionado en los antecedentes, con fecha 30.09.2011, mediante Carta N° 070-2011-MSZ/EO (Anexo 1-D) y dentro del plazo establecido por el artículo 211° del Reglamento cuarto párrafo, la demandante se pronunció respecto de las mismas mediante Carta N° 086-2011-MSZ/EO de fecha 25.11.2011 (Anexo 1-F) haciendo llegar la liquidación final de obra calculada con un saldo de cargo de la entidad ascendiente a S/. 77 636,41, toda vez que se acogió la observación referida al Reajuste de Fórmula Polinómicas pero no se

acogen las demás observaciones quedando dicha liquidación conforme a lo detallado en el noveno considerando de la presente demanda, y que básicamente incluye tres conceptos retención por garantía de fiel cumplimiento, reintegro por fórmulas polinómicas final y gastos generales por ampliaciones de plazo.

- b. Que, es claro que la demandante ha elaborado y presentado la liquidación de conformidad con la norma de contrataciones y del mismo modo se ha pronunciado frente a las observaciones advertidas por la entidad presentando una liquidación recalculada, sin embargo ha sido la entidad quien no se ha sujetado al procedimiento establecido en el artículo 211º del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado al emitir una resolución ineficaz aprobando una liquidación inválida y en ese sentido al no haber emitido pronunciamiento válido referido a las observaciones no acogidas por el contratista, con lo que debió darse inicio al procedimiento de solución de controversias, se entiende que no ha existido pronunciamiento de parte de la entidad y consecuentemente nuestra liquidación recalculada y presentada a la entidad mediante Carta N° 086-2011-MSZ/EO de fecha 25.11.2011 (Anexo 1 F) ha quedado debidamente consentida.
- c. La Liquidación recalculada es la única válida' no sólo por haberse realizado en estricto cumplimiento de las normas de contrataciones sino porque se ha elaborado correctamente y considerando los conceptos que realmente le corresponden al contratista, los cuales inclusive han sido reconocidos por la propia entidad, así pues de la revisión de la liquidación corregida por la entidad y aprobada mediante Resolución Gerencial se advierte esencialmente lo siguiente:
- La Entidad reconoce los conceptos y montos referidos a la Retención por Garantía de Fiel Cumplimiento y Reintegro por Fórmulas Polinómicas Final, por lo que no existe controversia al respecto y debe tomarse como válidos estos dos conceptos sin lugar a cuestionamiento posteriores.
 - El concepto de mayores gastos generales desconocidos en la liquidación corregida por la entidad, también han sido contradictoriamente reconocidos por la propia entidad, así se tiene que las Ampliaciones de Plazo N° 01,02,03,04,05,06 y 07 han sido aprobadas mediante Resoluciones de Gerencia Municipal, y además se tienen los informes elaborados en la propia entidad los cuales recomiendan la cancelación de los mayores gastos generales, toda vez que el contratista presentó oportunamente su respectiva Valorización de Mayores Gastos Generales, contando con la opinión favorable de la Supervisión.

Ampliación de plazo	Documentos que respaldan los mayores Gastos Generales
Nº 01 por 20 días	<ul style="list-style-type: none"> -Res. Gerencia Municipal N° 054-2011-GM-MPC, aprueba ampliación (Anexo 1-k) -Carta N° 059-2011-MSZ/EO alcanza valorización de MGG (Anexo 1-Q) -Informe 039-2011-WPRE/SO alcanza valorización de MGG (Anexo 1-U) -Informe N° 1755-2011-SGSLO-GI-MPC de la Sug Gerencia de Supervisión y - - Liquidación de Obras, que recomienda la cancelación de los MGG (Anexo 1-Y)
Nº 03 por 16 días	<ul style="list-style-type: none"> Res. Gerencia Municipal N° 117-2011-GM-MPC, aprueba ampliación (Anexo 1-L) -Carta N° 060-2011-MSZ/EO alcanza valorización de MGG (Anexo 1-R) -Informe 040-2011-WPRE/SO alcanza valorización de MGG (Anexo 1-U) -Informe N° 1753-2011-SGSLO-GI-MPC de la Sug Gerencia de Supervisión y - - Liquidación de Obras, que recomienda la cancelación de los MGG (Anexo 1-Z)
Nº 04 por 15 días	<ul style="list-style-type: none"> Res. Gerencia Municipal N° 139-2011-GM-MPC, aprueba ampliación (Anexo 1-M) -Carta N° 061-2011-MSZ/EO alcanza valorización de MGG (Anexo 1-S) -Informe 041-2011-WPRE/SO alcanza valorización de MGG (Anexo 1-W) -Informe N° 1756-2011-SGSLO-GI-MPC de la Sug Gerencia de Supervisión y - - Liquidación de Obras, que recomienda la cancelación de los MGG (Anexo 1-A)
Nº 05 por 15 días	<ul style="list-style-type: none"> Res. Gerencia Municipal N° 158-2011-GM-MPC, aprueba ampliación (Anexo 1-N) -Carta N° 068-2011-MSZ/EO alcanza valorización de MGG (Anexo 1-T) -Informe 048-2011-WPRE/SO alcanza valorización de MGG (Anexo 1-X) -Informe N° 1752-2011-SGSLO-GI-MPC de la Sug Gerencia de Supervisión y - - Liquidación de Obras, que recomienda la cancelación de los MGG (Anexo 1-B)
Nº 06 por 15 días	<ul style="list-style-type: none"> Res. Gerencia Municipal N° 193-2011-GM-MPC, aprueba ampliación (Anexo 1-Q) -Carta N° 068-2011-MSZ/EO alcanza valorización de MGG (Anexo 1-T) -Informe 048-2011-WPRE/SO alcanza valorización de MGG (Anexo 1-X) -Informe N° 1752-2011-SGSLO-GI-MPC de la Sug Gerencia de Supervisión y - - Liquidación de Obras, que recomienda la cancelación de los MGG (Anexo 1-B)
Nº 07 por 15 días	<ul style="list-style-type: none"> Res. Gerencia Municipal N° 210-2011-GM-MPC, aprueba ampliación (Anexo 1-P) -Carta N° 068-2011-MSZ/EO alcanza valorización de MGG (Anexo 1-T) -Informe 048-2011-WPRE/SO alcanza valorización de MGG (Anexo 1-X) -Informe N° 1752-2011-SGSLO-GI-MPC de la Sug Gerencia de Supervisión y - - Liquidación de Obras, que recomienda la cancelación de los MGG (Anexo 1-B)

- d. Queda claro entonces que el concepto referido a los mayores gastos generales también ha sido reconocido por la Entidad por actos emitidos a su interior, y en ese sentido al ser todos los conceptos considerados en la Liquidación recalculada por el contratista reconocidos también por la entidad, es lógico que nuestra Liquidación Final de Obra recalculada y presentada a la entidad mediante Carta N° 086-2011-MSZ/EO de fecha

21.11.2011 (Anexo f) es la liquidación válida, debiendo reconocerse ésta y consecuentemente ordenarse su pago a la entidad demandada.

Respecto de la Primera Pretensión Subordinada a la Tercera Pretensión Principal:

El demandante señala lo siguiente:

- a. Se declare la validez del concepto de retención por garantía de fiel cumplimiento por el de S/. 29 558.60 que integra la Liquidación Final de Obra recalculada, y en consecuencia se ordene a la entidad demandada el pago de la suma antes mencionada.
- b. La liquidación recalculada incluye varios conceptos, tres esencialmente, es preciso de analice y evalúe cada uno de ellos con la finalidad de que a su vez estos sean declarados como válidos y correctos y no existan cuestionamientos posteriores en la aprobación de nuestra liquidación final de obra recalculada.
- c. El concepto Retención por Garantía de Fiel Cumplimiento por el monto de S/. 29 558,60 ha sido reconocido también por la entidad en la liquidación aprobada por ella, y si bien dicha liquidación en su conjunto es incorrecta, los conceptos independientemente y los montos consignados sí son correctos, y en ese sentido al no existir controversia en este extremo debe ser declarado como válido el concepto de Retención por Garantía de Fiel Cumplimiento incluido en la liquidación recalculada, y consecuentemente ordenar a la entidad el pago de dicho concepto.

Respecto de la Segunda Pretensión Subordinada a la Tercera Pretensión Principal:

El demandante señala lo siguiente:

- a. Se declare la validez del concepto Reintegro por Fórmulas Polinómicas Final por el monto de S/. 704.83 Nuevos Soles que integra la Liquidación Final de Obra recalculada, y en consecuencia se ordene a la entidad demandada el pago de la suma antes mencionada.
- b. El concepto Reintegro por Fórmulas Polinómicas Final por el monto S/. 704.83 Nuevos Soles ha sido reconocido también por la entidad en la liquidación aprobada por ella, y si bien dicha Liquidación en su conjunto es incorrecta, los conceptos tomados independientemente y los montos consignados sí son correctos, y en ese sentido al no existir controversia en este extremo debe ser declarado como válido el concepto de Reintegro por Fórmulas Polinómicas Final incluido en nuestra liquidación

final de obra recalculada, y consecuentemente ordenar a la entidad el pago de dicho concepto.

Respecto de la Tercera Pretensión Subordinada a la Tercera Pretensión Principal:

La demandante señala lo siguiente:

- a. Con el Oficio N° 387-2011-GI-MPC de fecha 12 de diciembre de 2011, enviado por conducto notarial al demandante se remite la Resolución N° 351-2011-GI-MPC con la cual se aprueba el acta de entrega y recepción de obra, además de probarse la liquidación técnica y financiera, por la suma de S/. 317 908,35 nuevos soles.
- b. Es imperativo destacar que en las valorizaciones 1, 2, 3, y 4 se ha realizado la retención del 10% por garantía de fiel cumplimiento de acuerdo a la cláusula quinta del contrato 233-2010-MPC, y que la obra se ha concluido a un 92.51%, por lo que existe un deductivo de obra aprobado mediante Resolución de Alcaldía N° 295-2011-AMPC, Resolución mediante la cual se ha sustentado aprobar el deductivo de obra, generado por sustitución de partida de la obra, bajo la modalidad de contrato a suma alzada, por el monto de S/. 19 815,70, asimismo a través del referido acto administrativo, se autoriza la diferencia entre el adicional de obra N° 01, y el deductivo de obra N° 01, bajo la modalidad de suma alzada, siendo la diferencia de S/. 30 592,79, que equivale al 11.69% del monto total del contrato original.
- c. Que a través del Memorando N° 5207-2011-GI-MPC de fecha 09 de noviembre de 2011, dirigido a Liquidación de Obra la suma de S/. 47 327,98 nuevos soles, por concepto de mayores gastos generales, por las ampliaciones de plazo 01 al 07, pues las mismas no habían sido aprobadas por el delegado facultado para tal beneficio, pues para el pago de tales conceptos, deben ser aprobados con Resolución debidamente suscrita por el Gerente Municipal quien es facultado para suscribir contratos de obra y demás situaciones que emanen de los contratos.
- d. El artículo 49 del RLCE, D.S. N° 184-2008-EF, regula los contratos de obra pactados en moneda nacional, las bases establecerán fórmulas de reajuste, específicamente fórmulas polinómicas, teniendo en cuenta los índices unificados de precios de construcción que publica el Instituto Nacional de Estadística e Informática- INEI, correspondiente al mes en que debe ser pagada la valorización.
- e. Se aprobó el Acta de Entrega y Recepción de Obra, así como la liquidación técnica y financiera de la obra, siendo el costo real

posterior a ser aprobado, el pago por reajuste de fórmula polinómica, gastos de elaboración, evaluación de expediente técnico y de supervisión, se ha establecido en S/. 317 908,35 nuevos soles, realizado bajo la modalidad de adjudicación directa selectiva, correspondiente a la ejecución presupuestal 2010-2011.

- f. Se aprobó la valorización de obra, ascendente a S/. 300 123,79 nuevos soles incluido IGV luego de deducirse la deducción de obra N° 01, la cual corresponde a S/. 19 815,70 nuevos soles, aprobada mediante Resolución de Alcaldía 295-2011-MPC de lo cual se canceló al demandante la suma de S/. 269 263,43 nuevos soles de los que corresponde: por Retención de la Garantía de Fiel Cumplimiento, la suma de S/. 29 558,60, y por el Reajuste de fórmula polinómica, según valorización final por la suma de S/. 704,83 nuevos soles.
- g. El pago de reajuste por formula polinómica de acuerdo al artículo 49 del RCLE corresponde a S/. 4 537,77 nuevos soles de los que se ha cancelado en las valorizaciones la suma de S/. 3 832,94 nuevos soles, por la diferencia a favor del actor es S/. 704,83 nuevos soles que corresponde al reintegro de la fórmula polinómica.
- h. Respecto a la garantía de fiel cumplimiento se ha devuelto al contratista la suma de S/. 29 558,60 nuevos soles. Asimismo, se ha aprobado los gastos realizados en gastos de elaboración, evaluación del expediente técnico y supervisión de obra, ascendente a la suma S/. 17 784,56 nuevos soles.
- i. Que la Resolución de Gerencia N° 351-2011-GI-MPC, acto administrativo que ha resuelto la liquidación financiera de obra, es totalmente válida, y no puede ser inválida, como erróneamente pretende el demandante. La referida resolución ha sido notificada en el plazo de ley y con las formalidades, conforme al artículo 24.1 de la Ley N° 27444.

5. Contestación de la demanda:

Con fecha 29 de octubre del 2012 la Municipalidad Provincial de Cajamarca cumplió con presentar su escrito de contestación de demanda.

Mediante Resolución N° 02 de fecha 14 de noviembre de 2012, el Árbitro Único resolvió tener por contestada la demanda y por ofrecidos los medios probatorios.

Mediante Resolución N° 03 del 30.01.2013, resuelve correr traslado de la contestación de la demanda presentada a Manuel Suarez Zelada para que en el plazo de diez (10) días manifieste lo conveniente a su derecho.

El abogado Hugo Zevallos Romero, Procurador Público de la Municipalidad Provincial de Cajamarca, mediante la contestación de la demanda postuló las siguientes pretensiones:

- Que se declare Infundada la Primera y Segunda Pretensión Principal referida a que se declare inaplicable, invalida la Resolución de Gerencia Nº 351-2011-GI-MPC.

Fundamentos en los cuales la Municipalidad Provincial de Cajamarca sustenta sus pretensiones:

El demandado señala lo siguiente:

Fundamentos de Hecho:

1. Con el Oficio Nº 387-2011-GI-MPC de fecha 12.12.2012 enviado por conducto notarial al demandante se remite la Resolución de Gerencia Nº 351-2011-GI-MPC con la cual se aprueba el acta de entrega y recepción de obra, además de aprobarse la liquidación técnica y financiera por la suma de S/. 317 908,35 Nuevos Soles.
2. En las valorizaciones 1,2,3,y 4 se ha realizado la retención del 10% por garantía de fiel cumplimiento de acuerdo a la cláusula quinta del contrato 233-2010-MPC y que la obra ha concluido a un 92.51% por lo que existe un deductivo de obra aprobado mediante Resolución de Alcaldía Nº 295-2011-AMPC, resolución mediante la cual se ha sustentado aprobar el deductivo de obra generado por sustitución de partida de la obra, bajo la modalidad de contrato a suma alzada, por el monto de S/. 19 815,70, asimismo a través del referido acto administrativo, se autoriza la diferencia entre el adicional de obra Nº 01 y el deductivo de obra Nº 01, bajo la modalidad de suma alzada, siendo la diferencia de S/. 30 592,79 que equivale al 11.69% del monto total del contrato original.
3. A través del Memorando Nº 5207-2011-GI-MPC del 09.11.2011 dirigido a Liquidación de Obras, el Gerente de Infraestructura de la Entidad, dispuso no consignar en la resolución de la liquidación de obra la suma de S/. 47 327,98 Nuevos Soles, por concepto de mayores gastos generales, por las ampliaciones de plazo 01 a 07, pues las mismas no habían sido aprobados con resolución debidamente suscrita por el Gerente Municipal quien es el autorizado para suscribir los contratos de obra y demás situaciones que emanen de los contratos.

4. El artículo 49º del RCLE D.S. Nº 184-2008-EF, regula que los contratos de obra pactados en moneda nacional, las bases establecerán fórmulas de reajuste, específicamente fórmulas polinómicas, teniendo en cuenta los índices unificados de precios construcción que publica el Instituto Nacional de Estadística e Informática-INEI, correspondiente al mes en que se debe ser pagada la valorización.
5. Se aprobó el Acta de Entrega y Recepción de Obra, así como la liquidación técnica y financiera de la Obra, siendo el costo real posterior a ser aprobado, el pago por reajuste de fórmula polinómica, gastos de elaboración, evaluación de Expediente técnico y de supervisión, se ha establecido en S/. 317 908,35 Nuevos Soles, realizado bajo la modalidad de adjudicación directa selectiva, correspondiente a la ejecución presupuestal 2010-2011.
6. Se aprobó la valorización de obra ascendente a S/. 300 123,79 Nuevos Soles incluido IGV luego de deducirse la deducción de obra Nº 01, la cual corresponde a S/. 19 815,70 Nuevos Soles, aprobada mediante Resolución de Alcaldía Nº 295-2011-MPC de lo cual se canceló al demandante la suma de S/. 269 860,36 Nuevos Soles, importe que ha incluido en las valorizaciones 01, 02, 03,04 y Adicional Nº 01 Reajuste por formula polinómica y el IGV, por lo que corresponde al actor la suma de S/. 30 263,43 Nuevos Soles, de lo que corresponde por retención de la garantía de fiel cumplimiento, la suma de S/. 29 558,60 Nuevos Soles, y por reajuste de formula polinómica según valorización final por la suma de S/. 704,803 Nuevos Soles.
7. El pago de reajuste por formula polinómica de acuerdo al artículo 49º, corresponde a S/. 4 537,77 Nuevos Soles de los que se ha cancelado en las valorizaciones la suma de S/. 3 832,94 Nuevos Soles, por lo que la diferencia a favor del actor es S/. 704,83 Nuevos Soles, que corresponde al reintegro de la formula polinómica.
8. Respecto a la retención de la garantía de fiel cumplimiento se ha devuelto la suma de S/. 29 558,60 Nuevos Soles.
9. Se ha aprobado los gastos realizados en gastos de elaboración, evaluación del expediente técnico y supervisión de obra, ascendente a la suma de S/. 17 784,56 Nuevos Soles.

10. La Resolución de Gerencia N° 351-2011-GI-MPC, acto administrativo que ha resuelto la liquidación financiera, es totalmente válida y no puede ser invalidada, como erróneamente pretende el actor.

6. Audiencia de Conciliación y Determinación de Puntos Controvertidos

Mediante Resolución N° 04 del 6 de Junio de 2013 el Árbitro Único resolvió tener presente los escritos presentados por Manuel Suarez Zelada y Municipalidad Provincial de Cajamarca respecto a las propuestas de puntos controvertidos.

Con fecha 20 de Febrero de 2013 se llevó a cabo la Audiencia de Conciliación y Determinación de Puntos Controvertidos con la asistencia de todas las partes.

Ante la propuesta del Árbitro Único para llegar a un acuerdo conciliatorio, las partes manifestaron la imposibilidad de arribar a una conciliación. En esta audiencia se declaró saneado el proceso arbitral y se fijaron los puntos controvertidos.

A su vez, en la referida audiencia se admitieron y actuaron los medios probatorios ofrecidos por las partes. Respecto de los medios probatorios ofrecidos por el demandante presentado en el escrito de demanda de fecha 22 de Mayo de 2012, se admitieron lo señalado en el punto IX Medios Probatorios, que corren de la Letra 1A al 1B.

Respecto de los medios probatorios por parte de la Entidad, se admitieron los medios ofrecidos en su escrito de contestación de demanda de fecha 29 de agosto de 2012, los consignados en el punto V Medios Probatorios del numeral 1 al 12.

Asimismo, el Árbitro Único de conformidad a la regla 65º del Acta de Instalación consideró declarar el cierre de la etapa probatoria y otorgó un plazo de cinco (05) días hábiles para que las partes presenten sus alegatos escritos.

Conforme a la Audiencia de Fijación de Puntos Controvertidos corresponde al Árbitro Único:

1. Determinar si corresponde o no, declarar la ineficacia de la Resolución de Gerencia N° 351-2011-GI-MPC del 12 de diciembre de 2011, mediante el cual se aprueba la Liquidación Final de Obra corregida por la Entidad.
2. Determinar si corresponde o no, declarar la invalidez de la Liquidación Final de Obra corregida por la Entidad y aprobada ilegalmente mediante Resolución de Gerencia N° 351-2011-GI-MPC del 12 de diciembre de 2011.

3. Determinar si corresponde o no, declarar la validez de la Liquidación Final de la Obra recalculada y todos los conceptos que incluye, elaborada por el Contratista y presentada a la Entidad mediante Carta Nº 086-2011-MSZ/EO de fecha 25.11.2011 y se ordene a la Entidad el pago de S/. 77 636,41 (Setenta y siete mil seiscientos treinta y seis con 41/100 Nuevos Soles).
4. En caso se declare fundado el punto 3, determinar si corresponde o no, declarar la validez del concepto retención por garantía de fiel cumplimiento y ordenar a la Entidad el pago S/. 29 558,60 (Veintinueve mil quinientos cincuenta y ocho con 60/100 Nuevos Soles).
5. En caso se declare fundado el punto 3 determinar si corresponde o no, declarar la validez del concepto de reintegro por fórmulas polinómicas final y ordenar a la Entidad el pago de S/. 704.83 (Setecientos cuatro con 83/ 100 Nuevos Soles).
6. En caso de declarar fundado el punto 3 determinar si corresponde o no declarar la validez del concepto mayores gastos generales derivados de las ampliaciones de plazo Nº 01,02,03,04,05,06 y 07 y, ordenar a la Entidad el pago de S/. 47 372,98 (Cuarenta y siete mil trescientos setenta y dos con 98/100 Nuevos Soles)
7. Determinar si corresponde o no, ordenar a la Entidad el pago de los intereses legales que correspondan desde la recepción de la solicitud para someter la controversia a arbitraje, hasta la fecha de su efectiva cancelación.
8. Determinar a quien corresponda asumir el pago de las costas y costos del presente proceso arbitral.

7. Presentación de Alegatos e Informes Orales:

En el presente proceso arbitral, el árbitro único mediante Resolución Nº 5 de fecha 06 de junio de 2013, resolvió prescindir de la Audiencia de Informes Orales, al no haber sido solicitada por las partes de conformidad con la regla 38º del Acta de Instalación. Con relación, a los alegatos la parte demandante Manuel Suarez Zelada presentó su escrito el 26 de febrero del 2013, asimismo la Municipalidad Provincial de Cajamarca presentó sus alegatos el 27 de febrero del 2013 por lo que mediante Resolución Nº 05 del 06 de junio del 2013, el Árbitro Único resolvió tener presente los escritos y fijó el plazo para laudar en treinta (30) días hábiles.

Posteriormente, mediante Resolución Nº 6 del 05 de agosto del 2013, el Árbitro Único resolvió prorrogar el plazo para laudar en treinta (30) días hábiles adicionales de vencido el plazo anterior y señaló que una vez emitido el Laudo Arbitral, la Secretaría Arbitral cuenta con cinco (05) días hábiles para notificar el Laudo Arbitral.

8. Cuestiones Preliminares:

En forma previa al análisis de las materias controvertidas y valoración de los medios probatorios admitidos y actuados por este Árbitro Único en el presente proceso, corresponde señalar lo siguiente: (i) Que, éste Árbitro Único se constituyó conforme al Convenio Arbitral existente entre las partes y sin que ninguna de ellas expresara objeción alguna; (ii) Que el demandante presentó su demanda y ejerció plenamente su derecho de defensa; (iii) Que, el demandado fue debidamente emplazado con la demanda y ejerció plenamente su derecho de defensa y acción; (iv) Que, las partes tuvieron plena oportunidad para ofrecer y actuar sus medios probatorios, así como para ejercer la facultad de presentar alegatos y (v) Que, el Árbitro Único procede a laudar dentro del plazo establecido.

Que los medios probatorios deben tener por finalidad acreditar los hechos expuestos por las partes y producir certeza en el Juzgador respecto a los puntos controvertidos, de acuerdo a los principios generales de necesidad de la prueba originalidad de la prueba, pertinencia y utilidad de la prueba, entre otros.

9. Marco Legal Aplicable:

Antes de proceder al análisis puntual de cada uno de los puntos controvertidos es necesario que el Árbitro Único precise claramente la normativa aplicable al contrato suscrito entre las partes y las controversias que de él se derivan.

De conformidad con el contrato suscrito resulta evidente que el mismo se celebró como resultado de un proceso de selección bajo las reglas contenidas en la Ley de Contrataciones del Estado aprobado por D.L. 1017 (en adelante, Ley) y Reglamento aprobado por D.S. N° 184-2008-EF (en adelante, Reglamento), por lo tanto el Árbitro Único considera que las controversias derivadas del contrato le son aplicables las normas antes citadas, así como supletoriamente las normas del Código Civil, y otras pertinentes del sistema jurídico nacional; y en caso de deficiencia o vacío en las reglas que anteceden, el Árbitro Único resolverá en forma definitiva de modo que considere apropiado mediante la aplicación de los principios generales del derecho

ANÁLISIS DEL PRIMER PUNTO CONTROVERTIDO

Determinar si corresponde o no declarar la ineficacia de la Resolución de Gerencia N° 351-GI-MPC del 12.12.2011 mediante la cual se aprueba la liquidación Final de la Obra corregida por la Entidad demandada

El Contrato de Obra N° 233-2010-MPC celebrado, ha sido suscrito por ambas partes, razón por la cual, se entiende que las cláusulas contenidas en éste, son de conocimiento de ambas, no pudiendo actuar éstas, de forma contraria o no respetando los lineamientos establecidos de antemano en el contrato.

Debe tenerse presente que la liquidación final del contrato de obra consiste en un proceso de cálculo técnico, bajo las condiciones normativas y contractuales aplicables al contrato, que tiene como finalidad determinar, principalmente, el costo total de la obra y el saldo económico que puede ser a favor o en contra del contratista o de la Entidad.

Por ello, el acto de liquidación tiene como propósito que se efectúe un ajuste formal y final de cuentas que establecerá, teniendo en consideración intereses, actualizaciones y gastos generales, el quantum final de las prestaciones dinerarias a que haya lugar a cargo de las partes del contrato.

Es por ello que transcurrida la etapa de liquidación y efectuarse el pago, las relaciones jurídicas se extinguen. Esto sucede porque el contrato ha alcanzado su finalidad, cual es satisfacer a cada una de las partes. Es por ello que el procedimiento de liquidación de obra presupone que cada una de las prestaciones haya sido debidamente verificada por cada una de las partes, de manera que los sujetos contractuales hayan expresado de forma inequívoca su satisfacción o insatisfacción con la ejecución del contrato.

Resulta relevante la remisión al artículo 211º del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado conforme al cual:

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

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

La liquidación quedará consentida cuando, practicada por una de las partes, no sea observada por la otra dentro del plazo establecido.

16
Cuando una de las partes observe la liquidación presentada por la otra, ésta deberá pronunciarse dentro de los quince (15) días de haber recibido la observación; de no hacerlo, se tendrá por aprobada la liquidación con las observaciones formuladas.

En el caso que una de las partes no acoja las observaciones formuladas por la otra, aquélla deberá manifestarlo por escrito dentro del plazo previsto en el párrafo anterior. En tal supuesto, dentro de los quince (15) días hábiles siguientes, cualquiera de las partes deberá solicitar el sometimiento de esta controversia a conciliación y/o arbitraje.

Toda discrepancia respecto a la liquidación se resuelve según las disposiciones previstas para la solución de controversias establecidas en la Ley y en el presente Reglamento, sin perjuicio del cobro de la parte no controvertida.

En el caso de obras contratadas bajo el sistema de precios unitarios, la liquidación final se practicará con los precios unitarios, gastos generales y utilidad ofertados; mientras que en las obras contratadas bajo el sistema suma alzada la liquidación se practicará con los precios, gastos generales y utilidad del valor referencial, afectados por el factor de relación.

No se procederá a la liquidación mientras existan controversias pendientes de resolver.

Ahora bien, debe indicarse que el artículo 211 del Reglamento desarrolla el procedimiento de liquidación de obra, precisando en su primer párrafo que, una vez presentada la liquidación por el contratista, la Entidad tiene un plazo máximo de sesenta (60) días, contados desde la mencionada presentación, para emitir su pronunciamiento –ya sea observando la liquidación presentada por el contratista o, de considerarlo pertinente, elaborando otra– y notificarlo al contratista. Además, en su segundo párrafo, el referido artículo precisa que si el contratista no presenta la liquidación en el plazo previsto, su elaboración será responsabilidad exclusiva de la Entidad en idéntico plazo, siendo los gastos de cargo del contratista.

En este punto, debe precisarse que si una de las partes observa la liquidación presentada por la otra, ésta debe pronunciarse dentro de los quince (15) días de haber recibido la observación; de no hacerlo, se tiene por aprobada la liquidación con las observaciones formuladas.

Asimismo, en caso de que una de las partes no acoja las observaciones formuladas por la otra, aquella debe manifestarlo por escrito; en tal supuesto, dentro de los quince (15) días hábiles siguientes, cualquiera de las partes deberá solicitar el sometimiento de esta controversia a conciliación y/o arbitraje.

En conclusión el artículo 211º del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado mediante Decreto Supremo N° 184-2008-EF, establece el procedimiento a seguir, para la presentación y posterior consentimiento de la liquidación final de un Contrato de Obra. Asimismo, el mencionado artículo establece un plazo de entrega de la liquidación elaborada por el Contratista, un plazo de entrega para que la Entidad elabore observaciones a la misma o de ser

el caso, presente su propia liquidación, establece también, el plazo que tuviera cualquiera de las partes para solicitar el sometimiento de una controversia nacida por la liquidación a conciliación y/o arbitraje y señala que no se procederá a la liquidación mientras existan controversias pendientes de resolver.

Con relación al punto controvertido bajo análisis, se tiene que mediante Resolución de Gerencia N° 351-2011-GI-MPC, la Entidad aprobó su liquidación Final de obra, la misma que en el Artículo Primero de la parte resolutiva aprobó la Liquidación Final del Contrato de Ejecución de Obra, por el monto de S/ 317,908.35 con un saldo a favor del Contratista Manuel Suarez Zelada de S/. 30,263.43 incluido IGV.

Respecto a esta Resolución de Gerencia, el Contratista señala que la misma, debe declararse ineficaz o inaplicable al haberse omitido de manera arbitraria e ilegal el concepto de Mayores Gastos Generales en abierta vulneración a las normas de contrataciones.

Corresponde entonces, analizar qué dispone el artículo 211, si se debería amparar o no la solicitud de ineficaz.

De acuerdo con el procedimiento establecido para la presentación de la Liquidación Final de la Obra, Manuel Suarez Zelada contaba con 60 días (se entiende naturales) a partir del 03 de agosto del 2011, para presentar su liquidación de obra. Este plazo finalizaba el 02 de octubre del 2011.

Con Carta N° 070-2011-MSZ/EO del 30 de setiembre del 2011, dentro del plazo establecido, Manuel Suarez Zelada presenta la Liquidación Final de la Obra a la Entidad.

De acuerdo al procedimiento establecido en el artículo 211º del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, la Entidad contaba con 60 días naturales para pronunciarse sobre esta liquidación, bien observándola o bien elaborando otra, debiendo notificar a Manuel Suarez Zelada, dentro de este plazo, a fin que, el Contratista se pronuncie respecto a estas observaciones dentro de los quince (15) días naturales siguientes.

Los sesenta (60) días naturales que disponía la Entidad para presentar sus observaciones o una nueva liquidación, vencieron el 29 de noviembre del 2011.

Mediante Carta N° 036-2011-OLO-SGSLO-GI-MPC de fecha 12 de noviembre del 2011, recepcionada por el Contratista el 14 de noviembre del 2011, la Municipalidad Provincial de Cajamarca hizo llegar sus observaciones a la liquidación. Según lo indicado por la Entidad faltaba anexar a la liquidación la siguiente documentación:

- Acto resolutivo que aprueba los Mayores Generales de las ampliaciones de plazo N° 01, 03, 04, 05, 06 y 07 considerada en la liquidación.

- Certificado de No Adeudo a SENCICO, en cumplimiento a lo dispuesto por la Sub Gerencia de Supervisión y Liquidación de Obras mediante Memorando N° 429-2011-SGSLO-GI-MPC.
- Verificar la valorización Final de Reajuste de Fórmula Polinómica de Liquidación.

Mediante Carta N° 086-2011-MSZ/EO de fecha 25 de noviembre del 2011, y presentada a la Entidad el mismo día, el Contratista se pronuncia sobre las observaciones llevadas a cabo por la Entidad, señalando que acoge la observación referida al Reajuste de Fórmula Polinómica, sin embargo no acoge las observaciones referida a los Mayores Gastos Generales derivadas de las ampliaciones de plazo N° 01, 03, 04, 05, 06 y 07.

Como se podrá observar la fecha de notificación es importante, ya que el plazo de quince (15) días naturales con lo que contaba el Contratista Manuel Suarez Zelada vencían el 29 de noviembre del 2011.

Por lo que el Contratista cumplió con pronunciarse acerca de las observaciones planteadas por la Entidad dentro de los quince (15) días naturales establecido en el artículo 211º del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado establece que:

"Cuando una de las partes observe la liquidación presentada por la otra, ésta deberá pronunciarse dentro de los quince (15) días de haber recibido la observación; de no hacerlo, se tendrá por aprobada la liquidación con las observaciones formuladas".

Asimismo, el quinto párrafo del citado artículo establece que:

"En caso de que una de las partes no acoga las observaciones formuladas por la otra, aquella deberá manifestarlo por escrito dentro del plazo previsto en el párrafo anterior. En tal supuesto, dentro de los quince (15) días hábiles siguientes, cualquiera de las partes deberá solicitar el sometimiento de esta controversia a conciliación y/o arbitraje".

Ahora, respecto a las observaciones planteadas por la Municipalidad Provincial de Cajamarca mediante Carta N° 036-2011-OLO-SGSLO-GI-MPC y Oficio N° 387-2011-GI-MPC, Árbitro Único considera realizar las siguientes precisiones:

- De la lectura de la carta y oficio mencionados, se observan dos cosas: Primero que la Municipalidad Provincial de Cajamarca formula observaciones a la liquidación presentada por el Contratista Manuel Suarez Zelada; y Segundo, que formula la liquidación presentada, es decir, elabora otra liquidación con las observaciones planteadas y

teniendo como base la liquidación de obra presentada por el Contratista Manuel Suarez Zelada.

- El procedimiento establecido en el artículo 211º del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, establece que la Entidad puede elegir realizar dos acciones con la liquidación presentada por el Contratista: presentar observaciones a la misma; o bien presentar una nueva liquidación de obra.
- Que por las razones expuestas, y de la observación de la Carta Nº 036-2011-OLO-SGSLO-GI-MPC y Oficio Nº 387-2011-GI-MPC presentadas por la Municipalidad Provincial de Cajamarca, este Árbitro Único le queda claro que la Entidad hizo las dos cosas, es decir, formuló observaciones a la liquidación presentada por Manuel Suarez Zelada y a la vez, presentó una liquidación "reformulada", es decir introdujo sus observaciones en la liquidación presentada por el Contratista, en otras palabras elaboró su propia liquidación.
- Reconoce los conceptos y montos referidos a la Retención por Garantía de Fiel Cumplimiento y Reintegro por Fórmulas Polinómicas Final, por lo que no existe controversia al respecto y debe tomarse como válidos estos dos conceptos sin lugar a cuestionamiento posteriores

De lo expuesto, se tiene que la Municipalidad Provincial de Cajamarca no ha cumplido con lo dispuesto en el artículo 211º del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, toda vez que sus acciones no se han sujetado al procedimiento de Liquidación del Contrato de Obra.

En tal sentido, tenemos que la liquidación presentada por Manuel Suarez Zelada, con las observaciones de Municipalidad Provincial de Cajamarca, es la liquidación que el Árbitro Único tiene que analizar si ha quedado aprobada y cuáles son sus alcances.

Para estos efectos, se debe tener presente que si bien es cierto se deben de considerar las observaciones planteadas por la Entidad a la liquidación presentada por el Contratista, también lo es el hecho que se debe incluir en la liquidación conceptos como es el caso de los mayores gastos generales por la aprobación de las ampliaciones de plazo Nº 01, 02, 03, 04, 05, 06 y 07, que como bien apunta el Contratista estos en su momento fueron aprobados.

En ese sentido, debe tener en cuenta que, la controversia suscitada entre las partes radica en la diferencia existente entre las liquidaciones presentadas por ambas partes, en tanto que una discrepa con la otra por el tema referido a los mayores gastos generales por el otorgamiento de las ampliaciones de plazo Nº 01, 03, 04, 05, 06 y 07, pues no existe controversia respecto a los conceptos y montos correspondientes a la Retención por Garantía de Fiel Cumplimiento de Contrato y Reintegro por Formulas Polinomicas Final.

Respecto a los mayores gastos generales derivados de las ampliaciones de plazo N° 01,03, 04, 05, 06 y 07 autorizadas por la entidad, se debe señalar que el demandante alega que la Entidad no ha cumplido con incluir dicho concepto en la liquidación aprobada por Resolución de Gerencia N° 351-2011- GI-MPC del 12 de diciembre del 2011.

Al respecto, la parte demandada no ha fundamentado aspecto legal alguno que enerve dicho reclamo, ni presentado prueba en contrario que determine la razón de su no inclusión en la liquidación referida. Por ello, al no existir exigencia legal por parte de la normativa aplicable, la Municipalidad Provincial de Cajamarca, no puede exigir al contratista la presentación de la resolución de aprobación de mayores gastos generales. Sumado a ello, encontramos que el reconocimiento de mayores gastos generales se encuentra inmerso con la aprobación de la ampliación de plazo, por lo que no requiere la aprobación de la Entidad para su reconocimiento y pago.

En tal consideración, estando acreditada las ampliaciones de plazo N° 01,03, 04, 05, 06 y 07 autorizadas por la Entidad mediante Resolución Gerencia Municipal por atrasos en el cumplimiento de sus prestaciones por causales atribuibles a la Entidad, máxime si cuenta con los informes técnicos que recomiendan la cancelación de los mayores gastos generales, tanto de la supervisión como de la Sub Gerencia de Supervisión y Liquidación de Obras de la Municipalidad Provincial de Cajamarca, y no contando en el expediente prueba en contrario respecto al pedido del demandante, y siendo legítimo su reconocimiento, este debe ser amparado.

En consecuencia, de acuerdo con el artículo 202º del Reglamento de la Ley de Contrataciones con el Estado que establece: "*Las ampliaciones de plazo en los contratos de obra darán lugar al pago de los mayores gastos generales variables iguales al número de días correspondientes a la ampliación multiplicados por el gasto general variable diario, salvo en los casos de obras adicionales que cuentan con presupuesto específico*".

Como se aprecia, los dos primeros párrafos del artículo citado regulan las consecuencias económicas de la ampliación de plazo en los contratos de obra, estableciéndose el pago de mayores gastos generales variables¹ al contratista.

El primer párrafo del artículo citado establece la obligación general de la Entidad de pagar al contratista los mayores gastos generales variables, equivalentes al número de días correspondientes a la ampliación multiplicados por el gasto general variable diario, excluyendo a las ampliaciones de plazo generadas por la ejecución de prestaciones adicionales de obra, pues cuentan con presupuestos específicos. Por su parte, el segundo párrafo del artículo

¹ De acuerdo con el numeral 29 del Anexo Único del Reglamento, Anexo Definiciones, los gastos generales variables "Son aquellos que están directamente relacionados con el tiempo de ejecución de la obra y por tanto pueden incurrirse a lo largo de todo el plazo de ejecución de la prestación a cargo del contratista."

citado regula el pago de mayores gastos generales variables, específicamente, cuando la ampliación del plazo contractual fue generada por la paralización de la obra.

Dado que el artículo 201º del Reglamento establece la ampliación del plazo contractual solo ante el atraso o la paralización en la ejecución de la obra, cabe precisar que la diferencia entre el primer y segundo párrafo del artículo 202º del Reglamento radica en que el primer párrafo regula el pago de mayores gastos generales variables cuando la ampliación del plazo contractual es generada por el atraso en la ejecución de la obra; en cambio, el segundo párrafo del referido artículo regula el pago de mayores gastos generales variables cuando la ampliación del plazo contractual fue generada por la paralización de la obra.

En ese sentido, sólo será necesario utilizar el gasto general variable diario cuando se aprueben ampliaciones de plazo por atrasos en la ejecución de la obra, generadas por hechos o situaciones ajenas a la voluntad del contratista.

Precisado lo anterior, debe indicarse que el artículo 203 del Reglamento establece la forma en que se calcula el gasto general diario para efectos de la aplicación del primer párrafo del artículo 202º del Reglamento –mayores gastos generales variables cuando la ampliación del plazo contractual es generada por el atraso en la ejecución de la obra-, diferenciando el tratamiento aplicable según el sistema de contratación aplicable, a suma alzada o precios unitarios.

Así, el primer párrafo del 203º del Reglamento establece que en los contratos de obra a precios unitarios, el gasto general diario se calcula dividiendo los gastos generales variables ofertados entre el número de días del plazo contractual, ajustado por el coeficiente “ Ip/lo ”. Asimismo, el segundo párrafo del citado artículo indica que en los contratos de obra a suma alzada, el gasto general diario se calcula dividiendo los gastos generales variables del presupuesto que sustenta el valor referencial entre el número de días del plazo contractual, ajustado por el factor de relación y por el coeficiente “ Ip/lo ”.

Como se aprecia, bajo cualquiera de los referidos sistemas, para calcular el gasto general diario se divide los gastos generales variables ofertados o los del presupuesto de obra, según corresponda, entre el número de días correspondiente al plazo del contrato original; es decir, el plazo de ejecución de obra contemplado en el contrato.

Esto responde a que el gasto general diario es un concepto que se calcula al inicio de la obra y se mantiene constante a lo largo de su ejecución, por más que se aprueben ampliaciones de plazo en la ejecución de la obra.

En consecuencia, cuando se aprueba una ampliación de plazo por atraso en la ejecución de una obra, el cálculo de los gastos generales variables se realiza multiplicando el número de días por el que se amplía el plazo por el gasto general diario calculado inicialmente, el mismo que se utilizará para calcular los

gastos generales variables de cualquier otra ampliación de plazo por atraso en la ejecución de la obra.

En razón de ello, se debe tener en cuenta el Principio de Legalidad, el Árbitro Único debe amparar en este extremo la inclusión de este concepto en la liquidación, y a su vez ratificar la observación del Contratista de observar la no inclusión de los mayores gastos generales por el monto de S/. 47 372.98. Por ello, sí correspondería el pago de los mayores gastos generales producto de las ampliaciones de plazo N° 01,03, 04, 05, 06 y 07 de la obra, por atrasos en el cumplimiento de sus prestaciones por causales atribuibles a la entidad.

Asimismo, debemos referir que la aprobación de la liquidación mediante Resolución de Gerencia N° 351-2011-GI-MPC del 12 de diciembre de 2011, es errada, ya que lo que estaría aprobando la Entidad sería una liquidación que no sería correcta a criterio de este Árbitro Único. Asimismo, no se encuentra acorde con lo dispuesto en el Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

Por las consideraciones expuestas, este Árbitro Único considera que la Resolución de Gerencia N° 351-2011-GI-MPC del 12 de diciembre de 2011 que aprueba la liquidación de obra elaborada por la Municipalidad Provincial de Cajamarca debe ser declarada nula e ineficaz.

De otro lado, cabe precisar que el demandado no ha presentado documentación con la contestación de la demanda, ni durante el proceso arbitral que acredite la devolución del monto de S/. 29 558,60 Nuevos Soles por el concepto de retención de la garantía de fiel cumplimiento de contrato, por lo que no corresponde asumir que dicho pago fue realizado al Contratista.

ANÁLISIS DEL SEGUNDO PUNTO CONTROVERTIDO

Determinar si corresponde o no, declarar la invalidez de la Liquidación Final de Obra corregida por la Entidad y aprobada ilegalmente mediante Resolución de Gerencia N° 351-2011-GI-MPC del 12 de diciembre de 2011.

Conforme ha quedado establecido en el presente laudo arbitral, la Resolución de Gerencia N° 351-2011-GI-MPC del 12 de diciembre de 2011 que aprueba la liquidación de obra elaborada por la Municipalidad Provincial de Cajamarca debe ser declarada nula e ineficaz. En tal sentido, no corresponde efectuar mayor análisis sobre la invalidez de la misma, razón por la cual, el Árbitro Único conviene en declarar improcedente la pretensión contenida en el punto controvertido.

ANÁLISIS DEL TERCER PUNTO CONTROVERTIDO

Determinar si corresponde o no, declarar la validez de la Liquidación Final de la Obra recalculada y todos los conceptos que incluye, elaborada por el Contratista y presentada a la Entidad mediante Carta N° 086-2011-MSZ/EO de fecha 25.11.2011 y se ordene a la Entidad el pago de S/. 77 636,41 (Setenta y siete mil seiscientos treinta y seis con 41/100 Nuevos Soles).

Se tiene que tomando en cuenta el análisis del primer punto controvertido precedente, ya que este Árbitro Único había arribado a la conclusión de que las observaciones formuladas por el Contratista Manuel Suarez Zelada mediante Carta N° 086-2011-MSZ/EO de fecha 25 de noviembre del 2011, eran válidas, y que por tanto, la Liquidación Final de la Obra elaborada por el Contratista queda aprobada al tener todos los elementos necesarios para cerrar la liquidación.

En vista de este razonamiento, este Árbitro Único considera que se tiene por aprobada la Liquidación Final de la Obra elaborada por el contratista Manuel Suarez Zelada y entregada a la Entidad mediante Carta N° 086-2011-MSZ/EO de fecha 25 de noviembre del 2011.

ANÁLISIS DEL CUARTO PUNTO CONTROVERTIDO

En caso se declare fundado el punto 3, determinar si corresponde o no, declarar la validez del concepto retención por garantía de fiel cumplimiento y ordenar a la Entidad el pago S/. 29 558,60 (Veintinueve mil quinientos cincuenta y ocho con 60/100 Nuevos Soles).

Al haberse declarado fundado el punto 3, precedente, este Árbitro Único dispone igualmente que se declare fundada la pretensión contenida en este punto controvertido.

ANÁLISIS DEL QUINTO PUNTO CONTROVERTIDO

En caso se declare fundado el punto 3 determinar si corresponde o no, declarar la validez del concepto de reintegro por fórmulas polinómicas final y ordenar a la Entidad el pago de S/. 704.83 (Setecientos cuatro con 83/ 100 Nuevos Soles).

Al haberse declarado fundado el punto 3, precedente, este Árbitro Único dispone igualmente que se declare fundada la pretensión contenida en este punto controvertido.

ANÁLISIS DEL SEXTO PUNTO CONTROVERTIDO

En caso de declarar fundado el punto 3 determinar si corresponde o no declarar la validez del concepto mayores gastos generales derivados de las ampliaciones de plazo Nº 01,02,03,04,05,06 y 07 y, ordenar a la Entidad el pago de S/. 47 372,98 (Cuarenta y siete mil trescientos setenta y dos con 98/100 Nuevos Soles)

Al haberse declarado fundado el punto 3, precedente, este Árbitro Único dispone igualmente que se declare fundada la pretensión contenida en este punto controvertido.

ANÁLISIS DEL SETIMO PUNTO CONTROVERTIDO

Determinar si corresponde o no, ordenar a la Entidad el pago de los intereses legales que correspondan desde la recepción de la solicitud para someter la controversia a arbitraje, hasta la fecha de su efectiva cancelación.

Que, al respecto el Árbitro Único conviene en señalar que los conceptos de "interés" tratándose del daño moratorio y en la medida que se trate de deudas de capital. Particularmente, tratándose de deudas de dinero, siendo éste el común denominador de cualquier utilidad, se le imputa por su propia naturaleza "productivo", razón por la cual ante la falta de disposición oportuna del mismo, se considera como daño la falta de productividad del dinero que, como mínimo, esta representado por la cuantía de los intereses moratorios, los cuales, a la falta de pacto, deben entenderse devengados, como intereses legales en calidad de moratorios. Esta es, entonces, "la falta de ganancia" natural de un capital derivado por su no disposición oportuna.

En lo que respecta a la solicitud de los intereses legales por la no cancelación oportuna de la liquidación final de la obra recalculada que no incluye el pago de los mayores gastos generales derivados de las ampliaciones de plazo aprobadas por la Entidad, se debe tener en cuenta el penúltimo párrafo del artículo 197º del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, que establece:

"A partir del vencimiento del plazo establecido para el pago de estas valorizaciones, por razones imputables a la Entidad, el contratista tendrá derecho al reconocimiento de los intereses legales, de conformidad con los artículos 1244º, 1245º y 1246º del Código Civil".

Debe tenerse presente que la deuda a que se contrae los mayores gastos generales tiene la calidad de ilíquida, pues su monto tuvo la calidad de incierto hasta la emisión del presente laudo arbitral. En tal sentido, los intereses legales en calidad de moratorios a los que tiene derecho el demandante se devengarían desde la presentación de la solicitud del arbitraje, hasta la fecha efectiva de pago con arreglo a lo dispuesto en los artículos 1324º y 1334º del Código Civil y en la Octava Disposición Complementaria de la Ley de Arbitraje- Decreto

Legislativo N° 1071, cuyo monto será determinado en ejecución del presente laudo arbitral.

Teniendo en cuenta ello, el Árbitro Único concluye que corresponde ordenar a la Municipalidad Provincial de Cajamarca pague los intereses legales que se deriva por la no cancelación oportuna de la Liquidación Final de la Obra, cuyo cálculo deberá tener como fecha desde la presentación de la solicitud del arbitraje, hasta la fecha efectiva de pago.

ANÁLISIS DEL OCTAVO PUNTO CONTROVERTIDO

Determinar a quien corresponda asumir el pago de las costas y costos del presente proceso arbitral

En este punto el Árbitro Único debe determinar a quién corresponde el pago de los costos, costas y gastos arbitrales que genera el presente proceso arbitral.

El numeral 1) del artículo 72º del Decreto Legislativo N° 1071, dispone que los árbitros se pronunciarán en el laudo arbitral sobre la distribución de los costos indicados en su artículo 70º. Asimismo, el numeral 1) del artículo 73º del citado cuerpo normativo señala que los árbitros deben tener presente, de ser el caso, lo pactado en el convenio arbitral; además, tal norma legal establece que si el convenio arbitral no contiene pacto alguno sobre los gastos, los costos del arbitraje serán de cargo de la parte vencida; sin embargo, los árbitros podrán distribuir y prorratear estos costos entre las partes, si estiman que el prorrateo es razonable, teniendo en cuenta las circunstancias del caso.

En el convenio arbitral contenido en la cláusula décimo novena del Contrato, las partes no han establecido pacto alguno acerca de los costos indicados en el artículo 70º del Decreto Legislativo N° 1071.

En aplicación de las normas citadas y en atención a las pretensiones que motivaron al Contratista a interponer la presente demanda; se advierte que el demandante se ha visto obligado a seguir el presente proceso para obtener la satisfacción de su pretensión; habiendo asumido incluso la parte de los honorarios arbitrales y secretaria arbitral que le correspondían a la parte contraria, considero adecuado condenar a la demandada al pago íntegro de los costos del presente proceso arbitral, incluyendo los conceptos señalados en los literales a) y b) del citado artículo 70º en los cuales ha incurrido Manuel Suarez Zelada.

Luego del desarrollo independiente de cada una de las pretensiones planteadas en la demanda y corroboradas en puntos controvertidos fijados, y en mérito de los medios probatorios que corren en autos que han sido valorados en conjunto. No existiendo otro punto que tratar, el Árbitro Único **LAUDA, DECLARANDO:**

PRIMERO: DECLARAR **FUNDADA** la primera pretensión de la demanda, en consecuencia, declarar la nulidad e ineeficacia de la Resolución de Gerencia N° 351-2011-GI-MPC del 12 de diciembre del 2011 mediante la cual se aprueba la Liquidación Final de la Obra, Contrato N° 233-2010-MPC, Contrato de Obra "Construcción de la Pavimentación y Graderío del Jr. Anaximandro Correa entre Jr. Portugal y Carretera a Chamis – Lotización El Mirador, Barrio Lucmacucho, Provincia de Cajamarca- Cajamarca"

SEGUNDO: DECLARAR **IMPROCEDENTE** la pretensión de la demanda, respecto a que se declare la invalidez de la Liquidación Final de Obra corregida por la Entidad y aprobada ilegalmente mediante Resolución de Gerencia N° 351-2011-GI-MPC del 12 de diciembre de 2011.

TERCERO: DECLARAR **FUNDADA** la pretensión de la demanda, y en consecuencia declarar **APROBADA** la liquidación de obra efectuada por Manuel Suarez Zelada y presentada a la Entidad mediante Carta N° 086-2011-MSZ/EO de fecha 25.11.2011, por lo que corresponde que la Municipalidad Distrital de Cajamarca abone a favor del Contratista Manuel Suarez Zelada la suma de S/. 77 636,41 (Setenta y siete mil seiscientos treinta y sels con 41/100 Nuevos Soles) en calidad de saldo a favor.

CUARTO: DECLARAR **FUNDADA** la primera pretensión subordinada a la tercera pretensión principal de la demanda presentada por Manuel Suarez Zelada.

QUINTO: DECLARAR **FUNDADA** la segunda pretensión subordinada a la tercera pretensión principal de la demanda presentada por Manuel Suarez Zelada.

SEXTO: DECLARAR **FUNDADA** la tercera pretensión subordinada a la tercera pretensión principal de la demanda presentada por Manuel Suarez Zelada.

SETIMO: DECLARAR **FUNDADA** la primera pretensión accesoria de la demanda presentada por Manuel Suarez Zelada.

OCTAVO: CONDENAR que la Municipalidad Provincial de Cajamarca al pago de los gastos arbitrales, debiendo asumir el íntegro de los costos señalados en los literales a) y b) del Decreto Legislativo N° 1071 en los cuales ha incurrido su contraparte a raíz del presente proceso arbitral.

EL PRESENTE LAUDO ES INAPELABLE Y TIENE CARÁCTER IMPERATIVO PARA LAS PARTES. EN CONSECUENCIA, FIRMADO, NOTIFIQUESE PARA SU CUMPLIMIENTO, CON ARREGLO A LA LEY GENERAL DE ARBITRAJE, NOTIFICÁNDOSE A LAS PARTES QUE SE HAN SOMETIDO AL ARBITRAJE, CON ARREGLO A LEY.

Notifíquese a las partes


Nidia Rosario Elías Espinoza
Árbitro


ANTONIO CORRALES GONZALES
Director de Arbitraje Administrativo